



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Edição nº 236/2020 – São Paulo, quarta-feira, 23 de dezembro de 2020

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

SECRETARIA DA PRESIDÊNCIA

AVOCATÓRIA (238) Nº 5033976-87.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. Presidência

SUSCITANTE: ANDREA PATRICIA AMARAL BRUNO

Advogado do(a) SUSCITANTE: ALEXANDRE RICARDO CAVALCANTE BRUNO - SP180834-A

SUSCITADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, DESEMBARGADORA FEDERAL VICE PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de pedido de avocação de autos (processo nº 0008315-90.2008.4.03.6119) formulado por ANDREA PATRÍCIA AMARAL BRUNO, com vistas à devolução do prazo para a interposição do recurso de agravo previsto no art. 1.042 do Código de Processo Civil.

Notícia-se que, não admitido o recurso especial interposto pela requerente, atestou-se o trânsito em julgado em 15/12/2020, com a subsequente remessa dos autos à origem.

Sustenta-se, todavia, ter havido equívoco na contagem dos prazos processuais, porquanto, além de desconsiderado o feriado do dia 08/12/2020 ("Dia da Justiça"), foi realizada no período a XV Edição da Semana Nacional da Conciliação, entre 30/11/2020 e 04/12/2020.

Nesse sentido, com supedâneo nos artigos 221, parágrafo único, e 223, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, requer-se seja tomada sem efeito a certidão de trânsito em julgado, assegurando-se a devolução do prazo para a interposição do recurso de agravo do artigo 1.042 do CPC/2015.

É o relatório.

DECIDO.

A avocatória constitui instrumento destinado a trazer ao Tribunal os autos de processo judicial incorretamente retidos no juízo de origem, viabilizando à Presidência da Corte – garantidora da competência de seus respectivos órgãos colegiados – detectar e, eventualmente, sanar irregularidade na atuação de unidade judiciária de primeiro grau.

Como se pode constatar, o espectro de cognição da avocatória é restrito, circunscrevendo-se a verificar, observados os pressupostos legais de utilização do instrumento, se há ou não usurpação da competência da instância superior.

Particularmente no âmbito do Código de Processo Civil, o pedido de avocação encontra arrimo no art. 496, que assim dispõe:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Essa, todavia, não é a hipótese dos autos.

Com efeito, no presente incidente, discute-se eventual erro material relacionado à data da certificação do trânsito em julgado, a implicar a remessa dos autos à origem e, consequentemente, a inviabilizar a interposição do recurso cabível.

Busca-se, em verdade, a devolução de prazo para a interposição do agravo previsto no art. 1042 do CPC, pedido que não se coaduna com o escopo da avocação de autos.

A entender de outro modo, toda e qualquer hipótese de erro material, até mesmo quando não impugnada pela via adequada, conduziria à utilização do presente instrumento, o que não se compatibiliza como sistema processual vigente.

Ante o exposto, não conheço do pedido de avocação de autos.

Intimem-se.

Comunique-se ao juízo da 2ª Vara Federal de Guarulhos.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recursos, arquite-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DOS FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 68024/2020

DIVISÃO DE RECURSOS

SEÇÃO DE PROCEDIMENTOS DIVERSOS - RPOD

DECISÃO(ÕES) PROFERIDA(S) PELA VICE-PRESIDÊNCIA

00001 APELAÇÃO CÍVEL N° 0028459-50.2005.4.03.6100/SP

	2005.61.00.028459-1/SP
--	------------------------

RELATOR	:	Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES
APELANTE	:	ALMIR REBOUCAS e outro(a)
	:	REGINA APARECIDA FIGUEIRA REBOUCAS
ADVOGADO	:	SP221726 PAULO ROBERTO ZANCANELI e outro(a)
APELANTE	:	Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO	:	SP096962 MARIA FERNANDA SOARES DE AZEVEDO BERE MOTTA e outro(a)
APELADO(A)	:	OS MESMOS
APELADO(A)	:	ALMIR REBOUCAS e outro(a)
	:	REGINA APARECIDA FIGUEIRA REBOUCAS
ADVOGADO	:	SP221726 PAULO ROBERTO ZANCANELI e outro(a)
APELADO(A)	:	Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO	:	SP096962 MARIA FERNANDA SOARES DE AZEVEDO BERE MOTTA e outro(a)

DECISÃO

Fls. 762/776 e 794/795:

Trata-se de petições aviaadas por **Almir Rebouças**, requerendo a concessão de efeito suspensivo aos recursos excepcionais interpostos contra acórdão de Turma julgadora deste Tribunal Regional Federal, ou alternativamente, a concessão de tutela de urgência para impedir a realização de leilão sobre o imóvel descrito nos autos.

Determinado o sobrestamento do feito para aguardar-se o julgamento definitivo do RE 627.106/PR, conforme decisão de fl. 450.

A parte recorrente comprova que já foi efetuado leilão do imóvel objeto do contrato discutido nestes autos, ainda que infrutífero, bem assim informa que há leilão extrajudicial marcado para o dia 22.12.2020.

D e c i d o.

O pedido comporta deferimento.

O Decreto-lei 70, de 21.11.66, regula, entre outras matérias, a execução extrajudicial de dívida proveniente de contrato de empréstimo com garantia hipotecária.

A previsão contratual de execução extrajudicial não prevalece sobre a garantia do devido processo legal e o monopólio estatal da jurisdição. A ninguém é dada a liberdade de contratar que viole direitos ou garantias fundamentais ou usurpe competência de um dos poderes da República.

A requerente defende a presença do *fumus boni iuris*, sob o fundamento de que não foi finalizado o julgamento do AI 771.770, atual RE 627.106 - Tema 249, que deu azo ao sobrestamento do processo ora *sub judice*.

Consoante se denota do andamento processual do RE 627.106 - Tema 249, no sítio eletrônico do STF, os autos estão conclusos ao E. Ministro GILMAR MENDES desde a data de 16.02.2018, de forma que

ainda não concluído o julgamento iniciado em 18.08.2011.

Por outro lado, o *periculum in mora* está também configurado. O requerente demonstrou que foi marcado leilão extrajudicial no dia 22 de dezembro próximo. Dessa forma, inequívoco que está na iminência de perder o imóvel, se não lhe for assegurada a proteção cautelar que postula, indispensável, ademais, para garantir o resultado útil do processo, até que seja definitivamente julgado.

Os requisitos ensejadores à concessão da medida pleiteada encontram-se efetivamente configurados.

O art. 300 do Código de Processo Civil traz os requisitos necessários à concessão da antecipação dos efeitos da tutela final, aduzindo que esta será assegurada quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o **perigo de dano** ou o **risco ao resultado útil do processo**.

Nessa ordem de ideias, a presença dos requisitos alinhados no art. 300 do CPC autoriza a concessão da medida vindicada.

Em face do exposto, **defiro** o pedido para sustar o leilão extrajudicial já designado.

Após, **remetam-se** os autos ao Gabinete da Conciliação, em razão do próprio causídico subscritor do petição retro ter informado, nesta data, a intenção da parte autora de firmar acordo nestes autos.

Intime-se, com urgência, a Caixa Econômica Federal.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.
CONSUELO YOSHIDA
Vice-Presidente

SUBSECRETARIA DA 2ª SEÇÃO

EMBARGOS INFRINGENTES (208) Nº 0046557-59.2000.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

EMBARGANTE: UNIÃO FEDERAL

EMBARGADO: CONCEICAO DE MARIA SOEIRO SILVA, MANOEL MORENO MARTINS, REINALDO CAMPOS SPERANDIO, ANTONIO DE ALBUQUERQUE MACHADO FILHO

Advogado do(a) EMBARGADO: MIGUEL PEREIRA NETO - SP105701-A

DESPACHO

Petição ID 148940257: os embargantes apresentaram discordância quanto ao julgamento eletrônico, uma vez que tem interesse em acompanhar o julgamento a ser realizado.

Da análise dos autos, verifica-se que se cuida de julgamento de embargos de declaração, recurso não contemplado no rol do art. 937 do CPC, sendo incabível a sustentação oral, nos casos do art. 143 do RITRF3ºR:

Art. 143 - Não haverá sustentação oral no julgamento de agravos, de embargos de declaração e de arguição de suspeição.

Por outro lado, à vista da pandemia do COVID-19, as sessões de julgamento presenciais no âmbito desta corte foram suspensas.

Igualmente, trata-se de feito antigo, afigurando-se recomendável, até para que não se comprometa indefinidamente a celeridade processual, seu julgamento.

Ademais, quanto à alegada necessidade de acompanhar o julgamento a justifica a oposição, tratando-se de julgamento virtual por videoconferência, os patronos dos ora embargantes podem acompanhá-lo, como pretendem, desde que lhes seja garantida a disponibilização de *link* de acesso, devendo ser convertido o pedido de adiamento em pedido de preferência.

Destarte, a fim de que seja dada continuidade às atividades jurisdicionais de forma remota e em razão da excepcionalidade da situação atual, indefiro o pedido de adiamento.

Intime-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DA 3ª SEÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5018309-95.2019.4.03.0000

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

AUTOR: REGINALDO VIEIRA DE SOUZA

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

REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5018309-95.2019.4.03.0000

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

AUTOR: REGINALDO VIEIRA DE SOUZA

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

REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de ação rescisória ajuizada por REGINALDO VIEIRA DE SOUZA, com fundamento no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil (2015), visando a rescisão da r. sentença proferida nos autos do processo n. 0020229-18.2016.4.03.6105, que julgou parcialmente procedente o pedido, tão somente para o fim de, "comprovado o tempo de serviço especial nos períodos de 03/08/1989 a 31/12/2002, 19/11/2003 a 31/12/2003 e 01/01/2005 a 31/12/2007, condenar o INSS a reconhecê-los, computando-os para todos os fins, ressalvada a possibilidade de conversão em tempo comum (fator de conversão 1.4) somente até 15/12/1998" (ID 81670764 - Pág. 42).

Sustenta a autora, em síntese, que "o caso presente trata tipicamente de violação de direito, pois a r. sentença rescindenda deixou de observar o que determina a norma constitucional de eficácia plena (artigo 201, § 1º da CF), o artigo 70 do Decreto nº 3.048/99, orientação jurisprudencial e doutrinária sobre o assunto. Isso porque a r. sentença entendeu que embora tenha sido reconhecido alguns períodos como tempo de trabalho especial, a conversão de tempo especial em comum só é possível até 15.12.1998, quando da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98". (ID 81670756 - Pág. 3).

Alega, também, que "reconhecido o direito de conversão de todo o período especial já reconhecido (03.08.1989 a 15.12.1998, 16.12.1998 a 31.12.2002, 19.11.2003 a 31.12.2003 e 01.01.2005 a 31.12.2007) em tempo comum, mediante a utilização do fator 1,4, o Autor soma 35 anos, 06 meses e 15 dias de tempo de contribuição na DER, pelo que faz jus a Aposentadoria por Tempo de Contribuição Integral, a partir da data de seu requerimento administrativo". (ID 81670756 - Pág. 10/11).

A decisão de ID 84800716 deferiu os benefícios da Justiça gratuita à autora.

Citado, o INSS apresentou manifestação (ID 90420898), não se opondo ao pedido formulado nos presentes autos.

Manifestação da parte autora (ID 97171938).

Alegações finais apenas da parte autora (ID 107520683).

É o relatório.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5018309-95.2019.4.03.0000

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

AUTOR: REGINALDO VIEIRA DE SOUZA

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

REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Inicialmente, verifico ser tempestivo o ajuizamento desta ação rescisória, eis que se deu antes do transcurso do prazo decadencial de 2 (dois) anos, previsto no art. 975 do CPC/2015, contado a partir da data do trânsito em julgado do julgado rescindendo.

I - Da alegada violação a literal disposição de lei

Quanto a esta alegação, dispunha o art. 485, V, do Código de Processo Civil/73:

"Art.

485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V - violar literal disposição de lei".

Coma entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a matéria está disciplinada no art. 966, V, do CPC/2015, assim redigido:

"Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V - violar manifestamente norma jurídica".

A viabilidade da ação rescisória fundada nessa premissa decorre da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego de tal modo aberrante que viole frontalmente o dispositivo legal, dispersando-se o reexame dos fatos da causa originária.

O julgando rescindendo julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo comprovado o tempo de serviço especial nos períodos de 03/08/1989 a 31/12/2002, 19/11/2003 a 31/12/2003 e 01/01/2005 a 31/12/2007, condenando o INSS a reconhecê-los, computando-os para todos os fins, ressalvada a possibilidade de conversão em tempo comum (fator de conversão 1.4) somente até 15/12/1998.

Saliento que, após disserem jurisprudencial, restou decidido que não se encontra vedada a conversão de tempo especial em comum, exercida em período posterior a 28.05.1998, uma vez que ao ser editada a Lei nº 9.711/98, não foi mantida a redação do art. 28 da Medida Provisória nº 1.663-10, de 28.05.98, que revogava expressamente o parágrafo 5º, do art. 57, da Lei nº 8.213/91, devendo, portanto, prevalecer este último dispositivo legal, nos termos do art. 62 da Constituição da República.

Todavia, por um momento, foi majoritária a tese de impossibilidade da conversão de tempo especial em comum após 28.05.1998, a saber:

"*PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 168/STJ. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. LIMITAÇÃO. LEI N.º 9.711/98. [...] 3. De qualquer sorte, nos termos do Enunciado n.º 168 da Súmula do STJ, "não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado". 4. As duas Turmas que compõem a Terceira Seção têm entendimento consolidado no sentido de que, a possibilidade de conversão do tempo de serviço especial em comum está limitada ao labor exercido até 28 de maio de 1998. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido." (STJ, 3ª Seção, AERESP 603163, relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 13.12.2004).*

Esta eg. 3ª Seção já se debruçou sobre o tema, conforme r. voto da lavra do Exmo. Des. Federal Carlos Delgado, cujo trecho peço vênia para transcrever:

"*A matéria, inclusive, foi objeto do enunciado de Súmula n.º 16 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), aprovada em 10.05.2004:*

"*A conversão em tempo de serviço comum, do período trabalhado em condições especiais, somente é possível relativamente à atividade exercida até 28 de maio de 1998 (art. 28 da Lei nº 9.711/98).*"

Referida Súmula foi cancelada em 27.03.2009, tomando por base o julgamento unânime da 5ª Turma do c. STJ, em 29.08.2007, relativo ao Recurso Especial n.º 956.110/SP, no qual, em sentido contrário ao entendimento até então predominante, reconheceu que "o trabalhador que tenha exercido atividades em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998, tem direito adquirido, protegido constitucionalmente, à conversão do tempo de serviço, de forma majorada, para fins de aposentadoria comum" (relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 22.10.2007).

A questão somente veio a ser resolvida na direção da tese sustentada pelo autor com o julgamento pela 3ª Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, em 23.03.2011, do Recurso Especial n.º 1.151.363/MG, em sede de recurso representativo de controvérsia, adotando-se o paradigma firmado no julgamento do REsp n.º 956.110:

"*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO DO ART. 543-C, § 1º, DO CPC E RESOLUÇÃO N. 8/2008 - STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICA. DESCABIMENTO. COMPROVAÇÃO DE EXPOSIÇÃO PERMANENTE AOS AGENTES AGRESSIVOS. PRETENSÃO DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÔBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. [...] PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL APÓS 1998. MP N. 1.663-14, CONVERTIDA NA LEI N. 9.711/1998 SEM REVOGAÇÃO DA REGRA DE CONVERSÃO. 1. Permanece a possibilidade de conversão do tempo de serviço exercido em atividades especiais para comum após 1998, pois a partir da última reedição da MP n. 1.663, parcialmente convertida na Lei 9.711/1998, a norma tornou-se definitiva sem a parte do texto que revogava o referido § 5º do art. 57 da Lei n. 8.213/1991. 2. Precedentes do STF e do STJ. [...] (STJ, 3ª Seção, REsp 1151363, relator Ministro Jorge Mussi, DJe 05.04.2011).*

Em 29.02.2012, foi aprovado pelo TNU novo enunciado de Súmula sobre o tema:

Súmula n.º 50: "É possível a conversão do tempo de serviço especial em comum do trabalho prestado em qualquer período".

A matéria, portanto, era controversa, atraindo-se a aplicação do enunciado de Súmula n.º 343 do e. STF" (TRF/3ª, AR 2009.03.00.024437-6/SP, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO, Terceira Seção, DJe 22.05.2018):

Vê-se, portanto, que ao tempo do julgamento (21.09.2017), a matéria **já não era controvertida** nos Tribunais, o que afasta a incidência da Súmula 343/STF, segundo a qual "não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

Portanto, forçoso concluir que o r. julgando rescindendo incorreu em violação à norma jurídica, notadamente no que se refere ao artigo 57, §5º da Lei nº 8.213/91, ao deixar de proceder a conversão do tempo reconhecido como especial em comum após 15.12.1998, pelo que é de rigor a rescisão do julgando, nos moldes do art. 966, V, do CPC/2015.

Passo à apreciação do pedido formulado na ação originária.

Da atividade especial.

No que se refere à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de contribuição para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, como a seguir se verifica.

Conforme já asseverado, o art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original que (...) Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica (...).

Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, o dispositivo legal acima mencionado teve sua redação alterada, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, acima citados.

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.97 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.97 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação somente foi definida com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV).

Ocorre que, em se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. No mesmo sentido:

"*PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.*

(...)

- *A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.*

- *A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.*

- *Precedentes desta Corte.*

- *Recurso conhecido, mas desprovido (...)" (STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).*

Assim, em tese, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, exceto para o agente nocivo ruído por depender de prova técnica.

Ressalto que os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigoraram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

Saliento que não se encontra vedada a conversão de tempo especial em comum, exercida em período posterior a 28.05.1998, uma vez que ao ser editada a Lei nº 9.711/98, não foi mantida a redação do art. 28 da Medida Provisória nº 1.663-10, de 28.05.98, que revogava expressamente o parágrafo 5º, do art. 57, da Lei nº 8.213/91, devendo, portanto, prevalecer este último dispositivo legal, nos termos do art. 62 da Constituição da República.

Quanto ao agente nocivo ruído, o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, passou a considerar o nível de ruídos superior a 90 decibéis como prejudicial à saúde. Por tais razões, até ser editado o referido decreto, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 decibéis como agente nocivo à saúde.

Como advento do Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal decreto esse nível passou a ser de 85 decibéis (art. 2º, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto nº 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao Colendo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do art.543-C do Código de Processo Civil (Recurso Especial), fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto nº 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis, na forma que segue:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. DESAFETAÇÃO DO PRESENTE CASO. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

1. Considerando que o Recurso especial 1.398.260/PR apresenta fundamentos suficientes para figurar como representativo da presente controvérsia, este recurso deixa de se submeter ao rito do art.543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

2. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.

3. O limite de tolerância para configuração da especial idade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, não sendo possível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ.

4. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço especial implica indeferimento do pedido de aposentadoria especial por falta de tempo de serviço.

5. Recurso especial provido (...). (REsp 1401619/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Dessa forma, deve-se considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.

Conforme acima destacado, está pacificado no E. STJ (Resp 1398260/PR) o entendimento de que a norma que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação, devendo, assim, ser observado o limite de 90 decibéis no período de 06.03.1997 a 18.11.2003.

De outra parte, o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, instituído pelo art. 58, §4º, da Lei nº 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividades em condições especiais, fazendo às vezes do laudo técnico.

E não afasta a validade de suas conclusões o fato de ter sido o PPP ou laudo elaborado posteriormente à prestação do serviço, vez que tal requisito não está previsto em lei, momento que a responsabilidade por sua expedição é do empregador, não podendo o empregado arcar com o ônus de eventual desidiosa daquele e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF fixou duas teses para a hipótese de reconhecimento de atividade especial com uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), sendo que a primeira refere-se à regra geral que deverá nortear a análise de atividade especial, e a segunda refere-se ao caso concreto em discussão no recurso extraordinário em que o segurado esteve exposto a ruído, que podem ser assim sintetizadas: i) tese 1 - regra geral: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão constitucional de aposentadoria especial; e ii) tese 2 - agente nocivo ruído: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para a aposentadoria especial, tendo em vista que no cenário atual não existe equipamento individual capaz de neutralizar os malefícios do ruído, pois que atinge não só a parte auditiva, mas também óssea e outros órgãos.

NO CASO DOS AUTOS, os períodos reconhecidos especiais no julgado rescindendo foram os seguintes: 03.08.1989 a 31.12.2002, 19.11.2003 a 31.12.2003 e 01.01.2005 a 31.12.2007 (ID 81670764 - Pág. 42).

Sendo assim, somados todos os períodos comuns e especiais, estes devidamente convertidos, totaliza a parte autora 35 (trinta e cinco) anos, 06 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de tempo de contribuição até a data do requerimento administrativo (27.04.2015), observado o conjunto probatório produzido nos autos e os fundamentos jurídicos explicitados na presente decisão.

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Assim, caracterizada a hipótese legal do inciso V do artigo 966 do Código de Processo Civil/2015, rescinde-se o julgado questionado, para, em juízo rescisório, pelas razões já expendidas, julgar procedente o pedido formulado na ação subjacente, condenando o INSS a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição à parte autora, tudo nos termos acima delineados.

Sem condenação em honorários advocatícios ante a ausência de resistência ao pedido formalizado na inicial.

Diante do exposto, **julgo procedente o pedido formulado na presente demanda rescisória** para desconstituir a r. sentença proferida no processo n. 0020229-18.2016.403.6105, e, em **juízo rescisório, julgar procedente o pedido formulado na demanda subjacente**, para, fixando, de ofício, os consectários legais, julgar procedente o pedido e condenar o réu a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da DER (27.04.2015), observada eventual prescrição quinquenal, tudo na forma acima explicitada.

É como voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. ART. 966, V, DO CPC/2015. OCORRÊNCIA. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM APÓS 16.12.1998. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. PROCEDÊNCIA.

1. A viabilidade da ação rescisória fundada no art. 966, V, do CPC /2015, decorre da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego de tal modo aberrante que viole frontalmente o dispositivo legal, dispersando-se o reexame dos fatos da causa originária.
2. O julgado rescindendo julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo comprovado o tempo de serviço especial nos períodos de 03/08/1989 a 31/12/2002, 19/11/2003 a 31/12/2003 e 01/01/2005 a 31/12/2007, condenando o INSS a reconhecê-los, computando-os para todos os fins, ressalvada a possibilidade de conversão em tempo comum (fator de conversão 1.4) somente até 15/12/1998. Após dissenso jurisprudencial, restou decidido que não se encontra vedada a conversão de tempo especial em comum, exercida em período posterior a 28.05.1998, uma vez que ao ser editada a Lei nº 9.711/98, não foi mantida a redação do art. 28 da Medida Provisória nº 1.663-10, de 28.05.98, que revogava expressamente o parágrafo 5º, do art. 57, da Lei nº 8.213/91, devendo, portanto, prevalecer este último dispositivo legal, nos termos do art. 62 da Constituição da República.
3. Vê-se, portanto, que ao tempo do julgamento (21.09.2017), a matéria já não era controvertida nos Tribunais, o que afasta a incidência da Súmula 343/STF, segundo a qual "não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".
4. O r. julgado rescindendo incorreu em violação à norma jurídica, notadamente no que se refere ao artigo 57, §5º da Lei nº 8.213/91, ao deixar de proceder a conversão do tempo reconhecido como especial em comum após 15.12.1998, pelo que é de rigor a rescisão do julgado, nos moldes do art. 966, V, do CPC/2015.
5. Os períodos reconhecidos especiais no julgado rescindendo foram os seguintes: 03.08.1989 a 31.12.2002, 19.11.2003 a 31.12.2003 e 01.01.2005 a 31.12.2007 (ID 81670764 - Pág. 42).
6. Somados todos os períodos comuns e especiais, estes devidamente convertidos, totaliza a parte autora 35 (trinta e cinco) anos, 06 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de tempo de contribuição até a data do requerimento administrativo (27.04.2015), observado o conjunto probatório produzido nos autos e os fundamentos jurídicos explicitados na presente decisão.

7. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

8. Assim, caracterizada a hipótese legal do inciso V do artigo 966 do Código de Processo Civil/2015, rescinde-se o julgado questionado, para, em juízo rescisório, pelas razões já expendidas, julgar procedente o pedido formulado na ação subjacente, condenando o INSS a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição à parte autora, tudo nos termos acima delineados.

9. Procedente o pedido formulado na presente demanda rescisória para desconstituir a r. sentença proferida no processo n. 0020229-18.2016.403.6105, e, em juízo rescisório, julgado procedente o pedido formulado na demanda subjacente, para, fixando, de ofício, os consectários legais, julgar procedente o pedido e condenar o réu a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da DER (27.04.2015), observada eventual prescrição quinquenal, tudo na forma acima explicitada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o pedido formulado na presente demanda rescisória para desconstituir a r. sentença proferida no processo n. 0020229-18.2016.403.6105, e, em juízo rescisório, julgar procedente o pedido formulado na demanda subjacente, para, fixando, de ofício, os consectários legais, julgar procedente o pedido e condenar o réu a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da DER (27.04.2015), observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5001545-34.2019.4.03.0000

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

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

REU: AILTO SOARES DE OLIVEIRA

Advogado do(a) REU: ANDRE VINICIUS SILVA - SP342940-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5001545-34.2019.4.03.0000

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

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

REU: AILTO SOARES DE OLIVEIRA

Advogado do(a) REU: ANDRE VINICIUS SILVA - SP342940-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com fundamento no artigo 966, incisos V e VIII, do Código de Processo Civil (2015), visando a rescisão do v. acórdão proferido nos autos da Apelação Cível n. 2015.03.99.009709-3, que deu parcial provimento à apelação do autor para averbar o tempo de serviço rural de 01.01.1968 a 05.11.68 e de 01.09.79 a 28.02.84, e como trabalhado em condições especiais os períodos de 01.03.84 a 14.02.85, 01.04.85 a 30.09.88, 26.10.88 a 10.08.90, 11.08.90 a 25.06.92, 02.12.92 a 28.04.95, conceder ao autor o benefício de aposentadoria integral por tempo de serviço/contribuição a partir de 23.08.02, e pagar as prestações vencidas, observada a prescrição quinquenal, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

Sustenta o INSS, em síntese, que "*após a SOMA dos períodos especiais judicialmente reconhecidos aos períodos administrativos, SOMENTE havia totalizado 24 anos 07 meses 20 dias até a DER(23/08/2002), sendo essa contagem insuficiente para a concessão da Aposentadoria integral (por não atingir o mínimo de 35 anos de serviço) e, da mesma forma, insuficiente à concessão da Aposentadoria Proporcional (por ausência de idade mínima)*". Alega, ainda, que a parte autora não cumpria o requisito etário para a obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição proporcional.

Pede seja concedida a tutela antecipada para suspender a ação de execução até o julgamento final da presente rescisória. A decisão de ID 27300942 indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. O INSS interpôs agravo retido (ID 43322634).

Devidamente citado, a parte autora não apresentou contestação (ID 54610262).

A parte autora apresentou contraminuta ao agravo (ID 61079344).

A decisão de ID 100862210 deferiu parcialmente a tutela provisória para determinar a suspensão do cumprimento da decisão rescindenda, até posterior decisão nestes autos (ID 100862210).

As partes não postularam produção de provas.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Inicialmente, verifico ser tempestivo o ajuizamento desta acção rescisória, eis que se deu antes do transcurso do prazo decadencial de 2 (dois) anos, previsto no art. 975 do CPC/2015.

I - Do alegado erro de fato

Para efeito de rescisão do julgado, entende-se configurado o erro de fato (art. 966, VIII, do CPC/2015) quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado. Não se cuida, portanto, de um mero erro de julgamento, mas de uma falha no exame do processo a respeito de um ponto decisivo para a solução da lide.

Para que se viabilize a rescisão da decisão passada em julgado, é preciso que se reconheça um fato inexistente, ou inexistente um fato efetivamente ocorrido, porquanto a acção rescisória não se presta ao "reexame de fatos e provas considerados no acórdão rescindendo, para saber se foi ou não bem apreciada a demanda" (STF, AR 1111, Rel. Min. Néri da Silveira).

No presente caso, conforme pode-se verificar da análise da planilha trazida pelo INSS, a parte autora perfaz o tempo de 24 anos, 07 meses e 20 dias, na data da DER (23.08.2002) (ID 43322636 - Pág. 6), considerados os períodos rurais e especiais reconhecidos no julgado rescindendo, insuficiente para a obtenção do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral. Na data da DER (23.08.2002), a parte autora, nascida em 29.05.1953, não cumpria o requisito etário para a obtenção da aposentadoria proporcional por tempo de contribuição.

Logo, entendo que o julgado rescindendo considerou existente um fato inexistente, qual seja, o cumprimento do tempo de 35 anos de contribuição na data da DER.

II - Da alegada violação a literal disposição de lei

Quanto a esta alegação, dispõe o art. 485, V, do Código de Processo Civil:

"Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar literal disposição de lei".

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, a matéria está disciplinada no art. 966, inc. V, do CPC/2015, assim redigido:

"Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar manifestamente norma jurídica".

A viabilidade da acção rescisória fundada no artigo 966, inciso V, do CPC/2015 decorre da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego de tal modo aberrante que viole frontalmente o dispositivo legal, dispensando-se o reexame dos fatos da causa originária.

Conforme asseverado acima, o r. julgado rescindendo ao determinar a concessão da aposentadoria integral por tempo de contribuição sem o cumprimento do requisito temporal, violou os artigos 52 e 53 da Lei n. 8.213/91, bem como o art. 9º, inciso I, da Emenda Constitucional nº 20/98.

Passo ao juízo rescisório.

A Constituição da República de 1988 dispõe, em seu artigo 201, parágrafos 7º e 8º, ser assegurada a aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da legislação de regência, para homens que completarem 35 anos de contribuição, e para as mulheres que completarem 30 anos de contribuição, reduzido em 5 anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, a saber:

"art. 201:

(...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

A Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998 assegurou o direito adquirido àqueles filiados ao regime geral da previdência social que já tinham completado os requisitos até a data de sua publicação (art. 3º), quais sejam: preencher a carência de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais e contar com 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se do sexo masculino (arts. 25, II e 52, da Lei n. 8.213/91), tempo reduzido em 5 (cinco) anos para a aposentadoria proporcional.

Estabeleceu, ainda, regra de transição (art. 9º), que consiste na idade mínima de 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher, bem como na complementação do tempo de serviço, correspondente a 40% do período que faltar na data da publicação da Emenda (16.12.1998), para atingir o tempo necessário para a aposentadoria proporcional.

Conforme ressaltado, a parte autora perfaz o tempo de 24 anos, 07 meses e 20 dias, na data da DER (23.08.2002) (ID 43322636 - Pág. 6), considerados os períodos rurais e especiais reconhecidos no julgado rescindendo, insuficiente para a obtenção do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral. Na data da DER (23.08.2002), a parte autora, nascida em 29.05.1953, não cumpria o requisito etário para a obtenção da aposentadoria proporcional por tempo de contribuição.

Ressalte-se, por oportuno, que tendo em vista o caráter alimentar e social do benefício previdenciário, assim como a boa-fé da parte autora, revela-se incabível a devolução dos valores percebidos por força de decisão judicial. A este respeito, observe-se o seguinte precedente do E. STF:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. DEVOLUÇÃO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar. Precedentes.

2. Decisão judicial que reconhece a impossibilidade de descontos dos valores indevidamente recebidos pelo segurado não implica declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei nº 8.213/1991. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento".

(STF, ARE 734242 AgR, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04.08.2015, P-J-e, DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015)

Demais disso, a leitura da ementa da decisão proferida no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.401.560 mostra que a mesma trata precipuamente da tutela antecipada concedida com base no art. 273 do CPC/73, eis que menciona expressamente a impossibilidade de concessão da medida quando presente perigo de irreversibilidade (§ 2º do art. 273). Não é exatamente o que ocorre no caso vertente, em que se defronta com a tutela específica prevista no art. 461, § 3º, do CPC/73, ou seja, aquela concedida em sede de sentença, após cognição exauriente e em relação à qual não se coloca, s.m.j., a eventual irreversibilidade como óbice.

Não se trata, ainda, de negar vigência ou de declarar implicitamente a inconstitucionalidade do art. 115 da Lei nº 8.213/91, uma vez que tal norma em nenhum momento trata da devolução de benefício previdenciário pago em razão de determinação judicial, observando-se, finalmente, que há diversos julgados do C. Supremo Tribunal Federal no sentido de que os valores recebidos de boa-fé, por segurado da Previdência Social, não são passíveis de repetição, tendo em vista a natureza alimentar das prestações previdenciárias:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. DEVOLUÇÃO.

1. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar. Precedentes.*

2. *Decisão judicial que reconhece a impossibilidade de descontos dos valores indevidamente recebidos pelo segurado não implica declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei nº 8.213/1991. Precedentes.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento". (STF, ARE 734242 AgR, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04.08.2015, P.J-e, DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015).*

No mesmo sentido: Ag.Reg. no ARE nº 726.056, de Relatoria da E. Ministra Rosa Weber; ARE 658.950-AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.9.2012; RE 553.159-ED/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 18.12.2009 e RE 633.900-AgR/BA, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 08.4.2011.

Diante do exposto, **julgo procedente** o pedido formulado na presente demanda rescisória para desconstituir parcialmente o v. acórdão proferido nos autos da Apelação Cível n. 2015.03.99.009709-3, para excluir a condenação imposta ao INSS de implantação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, condenando a parte ré ao pagamento dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85 do Código de Processo Civil/2015.

É como voto.

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ERRO DE FATO. VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. ART. 966, V E VIII, DO CPC/2015. ERRO NA CONTAGEM. TEMPO INSUFICIENTE. PROCEDÊNCIA.

1. Para efeito de rescisão do julgado, entende-se configurado o erro de fato (art. 966, VIII, do CPC/2015) quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado. Não se cuida, portanto, de um mero erro de julgamento, mas de uma falha no exame do processo a respeito de um ponto decisivo para a solução da lide.

2. No presente caso, conforme pode-se verificar da análise da planilha trazida pelo INSS, a parte autora perfaz o tempo de 24 anos, 07 meses e 20 dias, na data da DER (23.08.2002) (ID 43322636 - Pág. 6), considerados os períodos rurais e especiais reconhecidos no julgado rescindendo, insuficiente para a obtenção do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral. Na data da DER (23.08.2002), a parte autora, nascida em 29.05.1953, não cumpria o requisito etário para a obtenção da aposentadoria proporcional por tempo de contribuição. Logo, entendo que o julgado rescindendo considerou existente um fato inexistente, qual seja, o cumprimento do tempo de 35 anos de contribuição na data da DER.

3. A viabilidade da ação rescisória fundada no artigo 966, inciso V, do CPC/2015 decorre da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego de tal modo aberrante que viole frontalmente o dispositivo legal, dispensando-se o reexame dos fatos da causa originária. Conforme asseverado acima, o r. julgado rescindendo ao determinar a concessão da aposentadoria integral por tempo de contribuição sem o cumprimento do requisito temporal, violou os artigos 5º 2 e 53 da Lei n. 8.213/91, bem como o art. 9º, inciso I, da Emenda Constitucional nº 20/98.

4. A Constituição da República de 1988 dispõe, em seu artigo 201, parágrafos 7º e 8º, ser assegurada a aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da legislação de regência, para homens que completarem 35 anos de contribuição, e para as mulheres que completarem 30 anos de contribuição. A Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998 assegurou o direito adquirido àqueles filiados ao regime geral da previdência social que já tinham completado os requisitos até a data de sua publicação (art. 3º), quais sejam: preencher a carência de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais e contar com 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se do sexo masculino (arts. 25, II e 52, da Lei n. 8.213/91), tempo reduzido em 5 (cinco) anos para a aposentadoria proporcional. Estabeleceu, ainda, regra de transição (art. 9º), que consiste na idade mínima de 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher, bem como na complementação do tempo de serviço, correspondente a 40% do período que faltar na data da publicação da Emenda (16.12.1998), para atingir o tempo necessário para a aposentadoria proporcional.

5. A parte autora perfaz o tempo de 24 anos, 07 meses e 20 dias, na data da DER (23.08.2002) (ID 43322636 - Pág. 6), considerados os períodos rurais e especiais reconhecidos no julgado rescindendo, insuficiente para a obtenção do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral. Na data da DER (23.08.2002), a parte autora, nascida em 29.05.1953, não cumpria o requisito etário para a obtenção da aposentadoria proporcional por tempo de contribuição.

6. Tendo em vista o caráter alimentar e social do benefício previdenciário, assim como a boa-fé da parte autora, revela-se incabível a devolução dos valores percebidos por força de decisão judicial.

7. Ação rescisória julgada procedente para desconstituir parcialmente o v. acórdão proferido nos autos da Apelação Cível n. 2015.03.99.009709-3, para excluir a condenação imposta ao INSS de implantação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, condenando a parte ré ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85 do Código de Processo Civil/2015.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o pedido formulado na demanda rescisória para desconstituir parcialmente o v. acórdão, a fim de excluir a condenação imposta ao INSS de implantação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

SUBSECRETARIA DA 1ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0021562-88.2014.4.03.6100

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

APELANTE: PANCROM INDUSTRIA GRAFICALTDA, PANCROM INDUSTRIA GRAFICALTDA

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

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

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Certifico que encaminho à publicação os documentos abaixo elencados em atenção ao despacho proferido pelo relator: Certifico que a Egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: A PRIMEIRA TURMA, POR MAIORIA, DECIDIU NÃO ACOLHER A QUESTÃO DE ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO DES. FED. HÉLIO NOGUEIRA, ACOMPANHADO PELO DES. FED. FAUSTO DE SANCTIS, VENCIDO O DES. FED. WILSON ZAUHY. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O DES. FED. HÉLIO NOGUEIRA. Votaramos(as) DES.FED. FAUSTO DE SANCTIS e DES.FED. HÉLIO NOGUEIRA. Ausente justificadamente o(a) DES.FED. VALDECI DOS SANTOS.

Fls. 141 DECLARAÇÃO DE VOTO Cuida-se de questão de ordem deduzida pelo e.Relator, Des. Fed. Wilson Zauhy, o qual entende que o julgado de 13.06.2017 incorreu em ofensa ao artigo 1.024, § 3º, do Código de Processo Civil, ante a ausência de prévia intimação da impetrante, de vez que os embargos de declaração por ela interpostos foram recebidos como agravo interno. Com a devida venia, rejeito a questão de ordem. Em primeiro lugar, não diviso motivo para anulação de todo julgamento, eis que a União manejou agravo interno contra a decisão do antigo art. 557 do CPC/73, que foi julgado improcedente. Com relação à impetrante, tendo em vista a fungibilidade recursal, e a inexistência de prejuízo concreto, não há que se declarar a nulidade (art. 282, § 1º do CPC/2015), ainda que não cumprido o §3º do art. 1021 do atual CPC (nesse sentido STJ - 3a - REsp 1.311.093 - Mm. João Otávio - Di09.06.16) Diante do exposto, voto por rejeitar a presente questão de ordem.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 68025/2020

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0002827-36.2006.4.03.6181/SP

	2006.61.81.002827-2/SP
--	------------------------

RELATOR	:	Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA
APELANTE	:	J Z S A M
ADVOGADO	:	SP128339 VICTOR MAUAD
APELANTE	:	J P D O
ADVOGADO	:	SP314882 RENATA RODRIGUES DE ABREU FERREIRA
APELADO(A)	:	J P
ABSOLVIDO(A)	:	L D C F
NÃO OFERECIDA DENÚNCIA	:	A M B A M

DESPACHO

Cientifiquem-se as partes que os Embargos de Declaração serão levados a julgamento na sessão de 26.01.2021.

São Paulo, 15 de dezembro de 2020.

HÉLIO NOGUEIRA
Desembargador Federal

00002 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0011848-94.2010.4.03.6181/SP

	2010.61.81.011848-3/SP
--	------------------------

RELATOR	:	Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA
APELANTE	:	A D R
ADVOGADO	:	SP174339 MARCIO JOSÉ GOMES DE JESUS
APELANTE	:	V M L
	:	T M L
ADVOGADO	:	SP353390 ROBERTO TARDELLI
	:	SP313859 ALINE DE CARVALHO GIACON
APELANTE	:	D W R M
ADVOGADO	:	SP275463 FAUSTO JEREMIAS BARBALHO NETO
APELANTE	:	D A P

	:	MAP
ADVOGADO	:	SP229554 JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR
APELANTE	:	AS O
	:	F D S
ADVOGADO	:	SP290678 SHÁRIA VEIGA LUZIANO
	:	SP155158 EDSON CAMPOS LUZIANO
APELANTE	:	LTF
ADVOGADO	:	SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICADA UNIAO (Int.Pessoal)
APELANTE	:	TF D S L
ADVOGADO	:	SP108920 EDUARDO DE CASTRO
APELADO(A)	:	J P
No. ORIG.	:	00118489420104036181 7P Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Vistos.

1 - Cientifiquem-se as partes que os Embargos de Declaração opostos por Augusto David Rodrigues serão levados a julgamento na sessão de 26.01.2021.

2 - Fls. 3717/3734 e 3805/3806: recebo os embargos de declaração como embargos infringentes, conforme requerido pela defesa de Michel Almeida Pedrosa e Danilo Almeida Pedrosa.

3 - Fls. 3783/3797, 3798/3804 e 3808/3811: recebo os embargos infringentes opostos pelas Defesas de Vivian Monteiro Lúgio, Tadeu Monteiro Lúgio, Thammy Flávia da Silva Luzzi e Laércio Tavares Ferreira. Após o julgamento dos Embargos de Declaração opostos por Augusto David Rodrigues, providencie-se a remessa à UFOR para redistribuição à Quarta Seção, competente para o julgamento dos Embargos Infringentes.

4 - Certifique a Subsecretaria a eventual interposição de recursos pelas Defesas de Danny Williams Romancini Meneguelli, Alex Sandro Osório e Fabiano dos Santos.

Na ausência de recursos, certifique-se o trânsito em julgado, extraindo-se as cópias necessárias, que deverão ser remetidas aos Juízo de origem para fins de execução das penas impostas.

5 - Dê-se ciência às partes.

São Paulo, 14 de dezembro de 2020.

HÉLIO NOGUEIRA

Desembargador Federal

SUBSECRETARIA DA 2ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033984-64.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES

AGRAVANTE: B.F. S/A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS CORNET SCHARFSTEIN - RJ152406, EMANUELE PEZATI FRANCO DE MORAES - SP306769

AGRAVADO: C.E.F.

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Tendo em vista a tramitação dos presentes autos sob restrição de publicidade e conforme Res. n. 58/2009 do CJF procedo à publicação do dispositivo da r. decisão ID.150091982., ora reproduzido:

D E C I S Ã O

(... Diante do exposto, **defiro parcialmente** o pedido de antecipação da tutela recursal para que a CEF efetue o **bloqueio** dos valores transferidos em **duplicidade**, sendo que **eventual estorno** dependerá de prévio consentimento do correntista.

Anoto, **enfim**, que outras questões, como o pedido de apresentação de lista com os nomes dos correntistas que já levantaram valores, serão apreciados por ocasião do julgamento do recurso.

Intime-se a agravada para contraminuta.

Comunique-se a agravada com urgência, para que efetue imediatamente o bloqueio das transferências efetuadas em duplicidade.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033990-71.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

AGRAVANTE: C. E. P. M.

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO MURILLO DE ALMEIDA PASSOS - SP154511, POLYANA FALCHERO MOLEZINI NEMES - SP204653

AGRAVADO: U. F.

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Tendo em vista a tramitação dos presentes autos sob restrição de publicidade e conforme resolução nº 58/2009 do Conselho da Justiça Federal, procedo à publicação do dispositivo da r. decisão **ID: 150090475**, ora reproduzido:

D E C I S Ã O

(...) Diante do exposto, **defiro** o pedido de antecipação da tutela recursal para suspender a execução da penalidade impugnada no presente feito até a apreciação do pedido de efeito suspensivo formulado no recurso administrativo, a ser interposto no prazo legal, ou da certificação de eventual decurso do prazo para a sua interposição.

Anote-se o segredo de justiça.

Intime-se a agravada para contraminuta.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020. de 2020.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5034006-25.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

AGRAVANTE: ASSOCIACAO CULTURAL VILA MARIA ZELIA

Advogados do(a) AGRAVANTE: LARISSA ANCORADA LUZ DAMASCENO - SP450573, CLAUDIO ROBERTO PIERUCETTI MARQUES - RJ103455, MARCOS SERRA NETTO FIORAVANTI - SP146461, PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA - SP161198

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela **ASSOCIACAO CULTURAL VILA MARIA ZELIA** que, nos autos da ação de reintegração de posse, ajuizada pelo **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL**, concedeu à ré ou eventual terceiro ocupante do imóvel objeto da lide, o prazo de **24 horas** para desocupação espontânea.

Em sua minuta, a recorrente aduz que a decisão deve ser reformada pelos seguintes motivos: **a)** que o mandado pode ser cumprido a qualquer momento, e que a Agravante terá apenas 24 horas para desocupar o imóvel em período marcado pelo expressivo aumento do número de infectados pelo novo coronavírus e do número de óbitos ocasionados pela Covid-19; **b)** que a liminar deferida não poderia mais ser cumprida, uma vez que ultrapassado o prazo de 1 (um) ano para seu cumprimento, nos termos do artigo 565, §1, do Código de Processo Civil; **c)** que a Associação conferiu ao imóvel uma destinação que atende a função social da propriedade, o que deveria levar à revogação da liminar e à improcedência do pedido; **d)** que ao menos duas famílias residem no imóvel há várias décadas, ademais, a Associação encontra-se instalada no imóvel, no qual diversas pessoas da região realizam atividades culturais diariamente.

É o breve relatório.

Decido.

Ao início, considerando preenchidos os requisitos legais para a concessão dos benefícios pretendidos pela Associação Cultural Vila Maria Zélia, ora Agravante, defiro a justiça gratuita apenas para o processamento deste agravo de instrumento e assim analisar a questão.

Numa análise preliminar da matéria, não me descuidando das disposições legais que tutelam o direito da propriedade, entendo que o presente caso está a merecer o deferimento da tutela recursal para suspender os efeitos da decisão de primeiro grau.

No caso dos autos, trata-se de conflito que envolve número considerável de pessoas, possivelmente em situação de hipossuficiência econômica, bem como risco à saúde dos profissionais a serem envolvidos.

Além disso, a liminar foi deferida nos autos em Junho de 2018, portanto, há mais de ano, sem o devido cumprimento, motivo pelo qual deve o MM. Juiz *quo* realizar **audiência de mediação**, conforme disposto no § 1º, do art. 565, do CPC.

Por tais razões, **defiro** o pedido de efeito suspensivo para suspender o cumprimento do mandado de reintegração de posse e determino que o Juízo de origem realize, assim que possível, audiência de mediação, nos termos do artigo acima citado, oportunidade em que deverá reapreciar os requisitos que ensejaram o deferimento liminar de reintegração.

Comunique-se a imediatamente a presente decisão ao MM. Juiz *quo*.

Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar resposta.

Publique-se. Intimem-se

COTRIM GUIMARÃES

Desembargador Federal

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DA 3ª TURMA

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5004928-66.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

APELADO: PRO SCIENCE SAUDE ANIMAL LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: CAROLINE CHINELLATO ROSSILHO - SP350063-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime(m)-se a(s) parte(s) embargada(s) para os fins do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

jlacruz

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5016239-71.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: E. C. E. C. EMP. DE P. I. E., A. E. B. C.

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO ROSENTHAL - SP163855-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO ROSENTHAL - SP163855-A

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Ficam as partes intimadas da r. decisão ID 149681163.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008348-58.2013.4.03.6102

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

APELADO: JOAO VICENTE CORDEIRO, GILMAR GARCIA LEANDRO, EUNILCE GARCIA LEANDRO

Advogado do(a) APELADO: ANTONIO CARLOS LEITE - SP164653-A

Advogados do(a) APELADO: SABRINA RENATA PADILHA DURAN RODRIGUES - SP227064, MAYRA MARIA SILVA COSTA - SP225014, FERNANDA LAMBERTI GIAGIO - SP227299-A

Advogados do(a) APELADO: SABRINA RENATA PADILHA DURAN RODRIGUES - SP227064, MAYRA MARIA SILVA COSTA - SP225014, FERNANDA LAMBERTI GIAGIO - SP227299-A

DECISÃO

Considerando a decisão do E. STJ no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.770.760/SC, 1.770.808/SC e 1.770.967/SC, com determinação de suspensão nacional do processamento dos feitos que versem sobre o tema 1.010/STJ (Extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada), determino o sobrestamento deste feito.

Intimem-se.

Anotem-se o sobrestamento em ambos os sistemas processuais (SIAPRO e PJE)."

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

jlacruz

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008348-58.2013.4.03.6102

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

APELADO: JOAO VICENTE CORDEIRO, GILMAR GARCIA LEANDRO, EUNILCE GARCIA LEANDRO

Advogado do(a) APELADO: ANTONIO CARLOS LEITE - SP164653-A
Advogados do(a) APELADO: SABRINA RENATA PADILHA DURAN RODRIGUES - SP227064, MAYRA MARIA SILVA COSTA - SP225014, FERNANDA LAMBERTI GIAGIO - SP227299-A
Advogados do(a) APELADO: SABRINA RENATA PADILHA DURAN RODRIGUES - SP227064, MAYRA MARIA SILVA COSTA - SP225014, FERNANDA LAMBERTI GIAGIO - SP227299-A

DECISÃO

Considerando a decisão do E. STJ no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.770.760/SC, 1.770.808/SC e 1.770.967/SC, com determinação de suspensão nacional do processamento dos feitos que versem sobre o tema 1.010/STJ (Extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada), determino o sobrestamento deste feito.

Intimem-se.

Anote-se o sobrestamento em ambos os sistemas processuais (SIAPRO e PJE)."

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

jlacruz

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001629-30.2013.4.03.6112

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

APELADO: ANTONIO OSVALDO MELONI, PAULO CESAR CANESIN, JOAO PEDRO MUNUTT, ANDRE LUIS ROSA, SILVIO LUIZ MARTINELLI, ANTONIO HERMENEGILDO FABRIS, JOSE LUIZ DI SICCO

Advogados do(a) APELADO: VALTER MARELLI - SP241316-A, LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A
Advogados do(a) APELADO: LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A, VALTER MARELLI - SP241316-A
Advogados do(a) APELADO: LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A, VALTER MARELLI - SP241316-A
Advogados do(a) APELADO: VALTER MARELLI - SP241316-A, LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A
Advogados do(a) APELADO: VALTER MARELLI - SP241316-A, LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A, JOAO GUSTAVO MANIGLIA COSMO - SP252140-A
Advogados do(a) APELADO: LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A, VALTER MARELLI - SP241316-A
Advogados do(a) APELADO: LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A, VALTER MARELLI - SP241316-A

DECISÃO

Considerando a decisão do E. STJ no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.770.760/SC, 1.770.808/SC e 1.770.967/SC, com determinação de suspensão nacional do processamento dos feitos que versem sobre o tema 1.010/STJ (extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada), determino o sobrestamento deste feito.

Intimem-se.

Anote-se o sobrestamento em ambos os sistemas processuais (SIAPRO e PJE)."

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

jlacruz

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001629-30.2013.4.03.6112

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

APELADO: ANTONIO OSVALDO MELONI, PAULO CESAR CANESIN, JOAO PEDRO MUNUTT, ANDRE LUIS ROSA, SILVIO LUIZ MARTINELLI, ANTONIO HERMENEGILDO FABRIS, JOSE LUIZ DI SICCO

Advogados do(a) APELADO: VALTER MARELLI - SP241316-A, LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A
Advogados do(a) APELADO: LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A, VALTER MARELLI - SP241316-A
Advogados do(a) APELADO: LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A, VALTER MARELLI - SP241316-A
Advogados do(a) APELADO: VALTER MARELLI - SP241316-A, LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A
Advogados do(a) APELADO: VALTER MARELLI - SP241316-A, LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A, JOAO GUSTAVO MANIGLIA COSMO - SP252140-A
Advogados do(a) APELADO: LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A, VALTER MARELLI - SP241316-A
Advogados do(a) APELADO: LESLIE CRISTINE MARELLI - SP294380-A, VALTER MARELLI - SP241316-A

DECISÃO

Considerando a decisão do E. STJ no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.770.760/SC, 1.770.808/SC e 1.770.967/SC, com determinação de suspensão nacional do processamento dos feitos que versem sobre o tema 1.010/STJ (extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada), determino o sobrestamento deste feito.

Intimem-se.

Anote-se o sobrestamento em ambos os sistemas processuais (SIAPRO e PJE)."

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

jlacruz

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0011383-17.2013.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ANHANGUERA EDUCACIONAL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CHRISTIANE ALVES ALVARENGA - SP274437-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos,

Diante da certidão constante do ID 149769016 manifeste-se a parte Apelante no prazo de 10 (dez) dias.

Após, retomemos autos conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5033525-62.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

REQUERENTE: DIAMANTE DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA

Advogado do(a) REQUERENTE: SERGIO MONTENEGRO DE ALMEIDA FILHO - SP352103-A

REQUERIDO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação manejada face à sentença de improcedência de ação ordinária (processo 5002608-93.2020.4.03.6100) ajuizada objetivando (ID. 28606927, autos de referência):

"b) No mérito, CONFIRMAR A TUTELA ANTECIPADA ANTERIORMENTE CONCEDIDA para que seja: a. DECLARADO O DIREITO DA AUTORA AO CREDITAMENTO PLENO DO PIS/COFINS COM RELAÇÃO À AQUISIÇÃO DE ÁLCOOL PARA FINS CARBURANTES, NA FORMA DO INCISO II DO ARTIGO 3º DAS LEIS 10.637/2002 E 10.833/2003;"

Alegou-se, em suma, que: **(1)** é inconstitucional a supressão do termo "distribuidor" do do artigo 5º, § 13, da Lei 9.718/1998, por violação ao artigo 195, § 12 da Constituição Federal, dado o malferimento ao princípio da não cumulatividade em obstar o direito ao creditamento de PIS/COFINS em operação cuja saída é tributada; **(2)** a distribuição de combustíveis não se confunde com a revenda, para fim de definição do regime jurídico aplicável, com o que se conclui inexistir vedação ao creditamento previsto no artigo 3º, inciso I, b, das Leis 10.637/2002 e 11.833/2003; **(3)** o álcool etílico hidratado carburante é insumo para realização da atividade econômica praticada, com o que a possibilidade de escrituração de créditos está respaldada pelo REsp 1.221.170, bem como por reiterada jurisprudência regional; e **(4)** o artigo 1.012, § 4º, do CPC não exige demonstração de *periculum in mora* para atribuição de efeito suspensivo ao recurso com probabilidade de provimento mas, de toda a forma, tal fator encontra-se presente ante ao risco de constrições e medidas de cobrança, não se tratando de questão que possa ser analisada de maneira dissociada da evidência da injustiça da cobrança.

É o relatório.

DECIDO.

A concessão de efeito suspensivo à apelação depende, segundo o artigo 1.012, § 4º, do CPC, de demonstração de probabilidade de provimento do recurso **ou, cumulativamente**, de *periculum in mora* somado à relevância das alegações vertidas.

Como corolário da dispensa do requisito de urgência, a hipótese de comprovação de probabilidade de provimento de recurso exige que esta seja feita ainda em nível maior do que a simples "relevância" da argumentação veiculada, pois do contrário não haveria sentido na diferenciação entre as possibilidades alternativas previstas no dispositivo legal. Desta feita, a demonstração deve ser de erro cabal e essencialmente estreme de dúvidas ocorrido no sentenciamento.

Não é este o caso dos autos, contudo.

Para além de incabível a declaração de inconstitucionalidade de norma legal em juízo monocrático em sede precária e inicial, a perfeita qualificação da atividade da apelante no período em análise (de modo a se concluir se a distribuição está abrangida ou não no termo "revenda", enquanto atrativo de previsões legais específicas) é matéria que não se conforma no exame perfunctório típico do presente momento processual, não sendo questão aferível *primo oculi*.

Igual raciocínio aplica-se à possibilidade do creditamento desejado a título de insumo, na medida em que, pela própria fundamentação do REsp 1.221.170, trata-se de avaliação casuística e aprofundada de cada caso concreto, dado que necessária a análise detalhada da atividade empresarial praticada (neste sentido, ApCiv 5025939-12.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, Intimação via sistema 25/09/2020).

Descaracterizada a evidência da probabilidade de reforma da sentença, observa-se que tampouco há urgência apta à concessão da tutela requerida, pela hipótese alternativa do artigo 1.012, § 4º, do CPC.

Com efeito, o *periculum in mora*, enquanto requisito processual da concessão de tutela de urgência, refere-se à iminência de dano concreto e específico, de gravidade desmedida e difícil ou impossível reparação. Todavia, na espécie apenas cogitou-se, essencialmente, que "a Apelante ficará suscetível à vários prejuízos que podem ser evitados, como lançamentos tributários, majorados por juros e multa, inscrição em dívida ativa dos créditos tributários, protestos e ajuizamentos de Execuções Fiscais, que com a suspensão na forma do artigo 151, V, do Código Tributário Nacional, não ocorrerá antes da análise do mérito do Recurso de Apelação".

Sendo certo que tais elucbrações de eventos futuros e incertos não são aptas a caracterizar urgência imediata, o peticionamento nada colhe neste tocante.

Desta, feita, sem prejuízo da ulterior e exauriente análise do mérito das alegações do recurso de apelo pela Turma, a tempo e modo, não se avista margem, nesta cognição inicial, para atendimento do pleito veiculado.

Ante ao exposto, indefiro o efeito suspensivo requerido.

Intime-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000928-38.2010.4.03.6124

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: RACHEL TAVARES CAMPOS - SP340350-A

APELADO: VENTURINI - FLORENCIO INDUSTRIA E COM DE BEBIDAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: DALCISA VENTURINI LOCATELLO BOSSOLANI - SP76265

DESPACHO

Diante das correções efetuadas pela DITI no presente feito, dê-se nova vista às partes, para ciência e manifestação sobre eventual desconformidade em sua digitalização - Prazo: 30 (trinta) dias.

Int.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

jlacruz

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0017815-33.2014.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL

Advogado do(a) APELANTE: WANIA MARIA ALVES DE BRITO - SP106666-B

APELADO: INTERCEMENT BRASIL S.A.

Advogado do(a) APELADO: LUIZ GUSTAVO ROCHA OLIVEIRA ROCHOLI - MG72002-A

DESPACHO

ID Num. [134615477](#), diante da discordância manifestada pela apelante (ID Num. [140317391](#)), e à vista das atuais restrições quanto ao processamento de autos físicos em razão da contenção da pandemia de COVID-19, bem como, considerando o entendimento desta Relatoria no sentido de que os documentos originais somente serão entregues à parte que os produziu, mediante a anuência da parte adversa, esclareça a requerente se insiste no pedido de guarda formulado, especificando, se o caso, quais os documentos originais cuja guarda pretende obter (discriminando individualmente as páginas em que se encontram).

Int.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

jlacruz

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033870-28.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA

AGRAVADO: DALVIC PAHOLA VASQUEZ TERRAZA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARINA ANDOLPHO CONTATO - SP392089

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada, para contraminuta, nos termos do art. 1.019, II, CPC.

Após, conclusos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033885-94.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA

AGRAVADO: ELSON MATIAS DOS SANTOS

Advogado do(a) AGRAVADO: NAIARA FERREIRA ROCHA ARANDA - MT27121/B

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada, para contraminuta, nos termos do art. 1.019, II, CPC.

Após, conclusos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015870-77.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: MAO FORTE AMBIENTAL CONTROLE INTEGRADO DE PRAGAS EIRELI - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: GLAUCO BATALHA ALTMANN - SP177261

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA SP

Advogado do(a) AGRAVADO: HUMBERTO MARQUES DE JESUS - SP182194-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de tutela provisória, nos autos de ação pelo procedimento comum, “sob o fundamento de que restou indemonstrado a verossimilhança do direito invocado”.

Decido.

Em consulta ao sistema processual, verifico que o processo principal já foi julgado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do agravo de instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013).

Isso porque a superveniência de sentença de mérito, se de procedência, absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente, e, se de improcedência, implica revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória (AGARESP 201100763290, DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/03/2013).

Precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PERDA DE OBJETO CONFIGURADA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que examinou a antecipação de tutela, quando se verifica a superveniente prolação da sentença de mérito. 2. Nesse sentido: AgRg no AREsp 202.736/PR, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 07/03/2013; PET nos EDcl no AgRg no Ag 1219466/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 28/11/2012; REsp 1.062.171/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.065.478/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 06/10/2008. 3. Agravo regimental não provido. (AGRESP 201301599253, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DO LEVANTAMENTO DE QUANTIA BLOQUEADA. PRESTAÇÃO MEDIANTE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que fica prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação da sentença de mérito. 2. Não tendo a agravante trazido qualquer razão jurídica capaz de alterar o entendimento sobre a causa, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental não provido. (AGRAGA 201001225780, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:27/09/2013).

Diante da superveniente carência de interesse recursal, não conheço do agravo de instrumento, porque prejudicado, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026034-04.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: AKG DO BRASIL - DESENVOLVIMENTO E COMERCIALIZACAO DE SISTEMAS TERMODINAMICOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: REGIMAR LEANDRO SOUZA PRADO - SP266112-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de medida liminar, formulado nos autos de mandado de segurança, com o fim de excluir os valores recolhidos a título de ICMS e ICMS em substituição tributária (ICMS-ST), das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Decido.

Em consulta ao sistema processual, verifico que o processo principal já foi julgado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do agravo de instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013).

Isso porque a superveniência de sentença de mérito, se de procedência, absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente, e, se de improcedência, implica revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória (AGARESP 201100763290, DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/03/2013).

Precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PERDA DE OBJETO CONFIGURADA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que examinou a antecipação de tutela, quando se verifica a superveniente prolação da sentença de mérito. 2. Nesse sentido: AgRg no AREsp 202.736/PR, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 07/03/2013; PET nos EDcl no AgRg no Ag 1219466/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 28/11/2012; REsp 1.062.171/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.065.478/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 06/10/2008. 3. Agravo regimental não provido. (AGRESP 201301599253, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DO LEVANTAMENTO DE QUANTIA BLOQUEADA. PRESTAÇÃO MEDIANTE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que fica prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação da sentença de mérito. 2. Não tendo a agravante trazido qualquer razão jurídica capaz de alterar o entendimento sobre a causa, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental não provido. (AGRAGA 201001225780, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:27/09/2013).

Diante da superveniente carência de interesse recursal, não conheço do agravo de instrumento, porque prejudicado, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5022042-05.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HUGHES TELECOMUNICACOES DO BRASIL LTDA., HNS AMERICAS COMUNICACOES LTDA., ECHOSTAR 45 TELECOMUNICACOES LTDA., ECHOSTAR DO BRASIL PARTICIPACOES LTDA., HNS PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS LTDA.

Advogado do(a) APELADO: GUILHERME DE MEIRA COELHO - SP313533-A

Advogado do(a) APELADO: GUILHERME DE MEIRA COELHO - SP313533-A

Advogado do(a) APELADO: GUILHERME DE MEIRA COELHO - SP313533-A

Advogado do(a) APELADO: GUILHERME DE MEIRA COELHO - SP313533-A

Advogado do(a) APELADO: GUILHERME DE MEIRA COELHO - SP313533-A

DESPACHO

Vistos.

Chamo o feito à ordem.

Intimem-se as partes para manifestação a respeito dos embargos de declaração opostos.

Publique-se.

São Paulo, 16 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5032922-86.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

REQUERENTE: SADA TRANSPORTES E ARMAZENAGENS S/A, BRAZUL TRANSPORTE DE VEICULOS LTDA, TRANSZERO TRANSPORTADORA DE VEICULOS LTDA

Advogados do(a) REQUERENTE: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

Advogados do(a) REQUERENTE: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

Advogados do(a) REQUERENTE: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

REQUERIDO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação nos autos do Mandado de Segurança nº 5003574-14.2020.4.03.6114, nos termos do art. 1.012, §§3º, I e 4º, do Código de Processo Civil, interposto por **SADA TRANSPORTES E ARMAZENAGENS S/A, BRAZUL TRANSPORTE DE VEICULOS LTDA e TRANSZERO TRANSPORTADORA DE VEICULOS LTDA**, em face de sentença de concessão parcial da segurança, do Juízo *a quo*, que entendeu que a **limitação ao teto de 20 salários mínimos não se aplicaria ao Salário-Educação (contribuição ao FNDE)**, porquanto a referida limitação teria sido derogada por força do artigo 15 da Lei nº 9.424/96 em relação à aludida contribuição.

As requerentes invocaram a aplicação do artigo 1.012, § 3º e §4º, I do CPC, aduzindo que há a **probabilidade do provimento** de seu apelo, bem como da existência de fundamentação relevante e de **risco de dano grave e de difícil reparação**.

Quanto à probabilidade do provimento do apelo, aduz que a jurisprudência inclina-se a favor da tese apresentada pelas requerentes, qual seja: que a limitação ao teto de 20 salários mínimos aplicar-se-ia também ao Salário-Educação (contribuição ao FNDE) – citando os seguintes precedentes REsp 1.241.362, REsp 1.570.980 e Apelação nº 0004476-12.2003.4.03.6126.

Quanto ao risco de dano grave ou de difícil reparação, alegam que terão de efetuar o pagamento dos valores, outrora suspensos, em 30 dias, sob pena de multa de 75% sobre o montante principal mais o acréscimo de juros, bem como corre risco de inscrição no CADIN e ajuizamento de execução fiscal – o que redundará em inúmeros prejuízos financeiros às requerentes. Nesse particular estaria configurado o *periculum in mora*.

É o relatório. Decido.

Como é cediço o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que o recurso de apelação interposto em sede de mandado de segurança possui apenas efeito devolutivo (§ 3º, do art. 14, da Lei nº 12.016/2012), excepcionando-se apenas situações em que presente o risco de dano grave ou de difícil reparação.

PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA DENEGATÓRIA EFEITO SUSPENSIVO. RELEVÂNCIA E PERIGO DA DEMORA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal de origem manifestou-se acerca da questão tida como não analisada, restando implicitamente prequestionado o art. 12 da Lei 1.533/51. Não é omissis aresto que decide de forma fundamentada e suficiente os pontos suscitados, descabendo-se cogitar de negativa da prestação jurisdicional somente porque o julgado é contrário ao interesse da parte. 2. A apelação interposta contra sentença que denega segurança será recebida no efeito devolutivo. Precedentes. 3. "Só em casos excepcionais de flagrante ilegalidade ou abusividade, ou de dano irreparável ou de difícil reparação, é possível sustarem-se os efeitos da medida atacada no mandamus até o julgamento da apelação" (ROMS 351/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro). 4. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7/STJ). 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido".

(RESP 200501400442, Rel. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ DATA:21/08/2007 PG:00180)

Paralelamente, verifica-se que o Código de Processo Civil, também aborda a problemática de concessão de efeito suspensivo à decisão caso haja risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. Veja-se:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

[...]

§ 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgá-la;

II - relator, se já distribuída a apelação.

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Pois bem

No caso concreto, não vislumbro que estejam presentes os requisitos supramencionados, capazes de ensejar a concessão do efeito suspensivo à apelação.

Explico.

Muito embora as requerentes aleguem que há a probabilidade de provimento do apelo, aduzindo que jurisprudência se inclina a favor da tese apresentada, – essa Egrégia **Terceira Turma** tem firmado entendimento de que a **limitação ao teto de 20 salários mínimos** de fato, **não se aplica, ao Salário-Educação** (contribuição ao FNDE).

Sobre o assunto, colaciono:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. INCRA. SEBRAE. SENAI. SESI. LIMITE PARA A A BASE DE CÁLCULO DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 4º. DA LEI 6.950/1981 NÃO REVOGADO PELO ART. 3º. DO DL 2.318/1986. REsp 1.570.980/SP. SALÁRIO EDUCAÇÃO. REGRAMENTO PRÓPRIO QUE PREVÊ ALÍQUOTA EXPRESSA, DISPOSTA NO ART. 15 DA LEI Nº 9.424/96, DE 2,5% (DOIS E MEIO POR CENTO) SOBRE O TOTAL DE REMUNERAÇÕES PAGAS OU CREDITADAS AOS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO A VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante de ver reconhecido o direito de efetuar o recolhimento das contribuições destinadas a terceiros (salário-educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE), limitado a vinte salários mínimos, bem como o direito de compensar as quantias indevidamente recolhidas, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda. Da interpretação do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81, depreende-se que o legislador estabeleceu limite máximo de 20 salários mínimos para a base de cálculo das contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros. Assim, na parte que exceder a base de cálculo supracitada, deve ser afastada a exigência de tais tributos. Precedente: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no REsp 1.570.980/SP. **O Salário-Educação possui regramento próprio que prevê alíquota expressa, disposta no art. 15 da Lei nº 9.424/96, de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 – não se aplicando a limitação da base de cálculo a 20 salários-mínimos.** Apelação da União não provida. Reexame necessário provido em parte. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA, 5002695-41.2019.4.03.6114, **Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020**, Intimação via sistema DATA: 22/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EMPRESA. **TETO DE 20 (VINTE) SALÁRIOS MÍNIMOS PARA BASE DE CÁLCULO DE CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS (INCRA, SENAI, SESI, SEBRAE) INCIDENTES SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS, COM EXCEÇÃO DO SALÁRIO-EDUCAÇÃO.** LIMITE DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. ARTIGO 4º DA LEI Nº 6.950/81. COMPENSAÇÃO. APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

1. Aduz a impetrante, em suma, que o limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo de contribuição a terceiros deve ser preservada haja vista a plena vigência do artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81. Saliencia que a edição do Decreto-Lei nº 2.318/86, artigo 3º, afastou o limite da base de cálculo tão somente com relação à contribuição previdenciária.

2. Pelo cotejo das redações dos dispositivos transcritos, é possível inferir que o teto da base de cálculo das contribuições a terceiros permanece em plena vigência, havendo alteração (revogação) apenas no tocante à contribuição previdenciária patronal.

3. Tendo em vista que as contribuições destinadas a terceiros gozam de natureza diversa daquelas destinadas ao custeio da previdência social, não é possível concluir que a novel legislação tenha se referido, ao revogar o teto, também às contribuições de terceiros já que não há menção legal quanto à específica circunstância.

4. Não é admitido que o contribuinte solicite a restituição do que recolheu indevidamente em espécie, no âmbito administrativo, porque isso feriria a ordem de pagamento prevista no art. 100 da Constituição Federal. O referido dispositivo constitucional regula os pagamentos efetuados pelas Fazendas Públicas, decorrentes de execução de sentenças judiciais, que deverá ser efetuada exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos respectivos créditos, sendo vedadas medidas que visem à instituição de privilégios nesse procedimento.

5. Deve ser mantida a r. sentença para obstar que o Apelado deixe de observar o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos vigentes no País para fins de apuração da base de cálculo (folha de salários) e recolhimento das contribuições devidas a terceiros (com exceção do salário-educação), (INCRA, SEBRAE, SESI, SENAI); e, que seja reconhecido, por consequência, o direito da Apelante de compensar após o trânsito em julgado os valores indevidamente recolhidos a título de contribuições de terceiros/outras entidades, valores estes que deverão ser atualizados pela taxa SELIC desde o pagamento indevido, observado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos aplicável.

6. Preliminar arguida pela União Federal em contrarrazões rejeitada. O recurso de apelação rebate toda a matéria envolvida de maneira clara não ocorrendo a argumentação da União Federal de que a matéria não foi totalmente combatida.

7. Preliminar rejeitada. Apelações das partes e remessa oficial não providas. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA, 5001344-14.2020.4.03.6109, **Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/12/2020**, Intimação via sistema **DATA: 10/12/2020**)

DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES DE TERCEIROS. SEBRAE, SESC, SENAC, INCRA E FNDE. ARTIGO 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI 6.950/1981. VIGÊNCIA. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. LEI ESPECÍFICA.

1. O limite de vinte salários mínimos na apuração da base de cálculo de contribuições destinadas a terceiros, nos termos do artigo 4º, parágrafo único, da Lei 6.950/1981, é aplicável na medida em que a revogação de tal regra pelo artigo 3º do Decreto-lei 2.318/1986 somente foi dirigida às contribuições previdenciárias propriamente ditas, sujeitando-se, assim, as demais à regência geral da limitação estabelecida.

2. Excepciona-se da limitação, por igual, o salário-educação, regido pela Lei 9.424/1996, pois o respectivo artigo 15 dispõe, expressamente, que a exação é exigível à alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, afastando, por constituir lei especial e dispor em sentido contrário da regra geral, a aplicação do limite de vinte salários mínimos previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 6.950/1981.

3. No quadro exposto, o limite de vinte salários mínimos na apuração da base de cálculo não pode ser aplicado para as contribuições previdenciárias propriamente ditas nem para a contribuição ao salário-educação, porém tem incidência para as demais contribuições destinadas a terceiros.

4. Reconhecido o indébito fiscal, com a exceção mencionada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos no artigo 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

5. Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 5021315-46.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 08/12/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2020)

Em outras palavras, assim como aduzido na r. sentença, essa Terceira Turma tem entendido que o Salário-Educação possui regramento próprio e alíquota expressa, disposta no art. 15 da Lei nº 9.424/96. Dessa forma, o cálculo tem como base a alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Assim, por constituir lei especial e dispor em sentido contrário da regra geral, entende-se que não se aplica a base de cálculo limitada ao teto de 20 salários-mínimos, disposta no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 6.950/1981, para a contribuição de nominada Salário-Educação.

Dessa forma, como evidenciado, pode-se concluir que o limite de vinte salários mínimos na apuração da base de cálculo tem incidência para as demais contribuições destinadas a terceiros, porém não pode ser aplicado para as contribuições previdenciárias propriamente ditas tampouco para a contribuição ao Salário-Educação.

Assim, nessa análise perfunctória, não vislumbro a probabilidade do provimento do apelo conforme aduzido pelas requerentes.

Outrossim, na presente hipótese, não restou demonstrado risco de dano grave e de difícil reparação, - ao argumento trazido pelas partes de que terão de efetuar o pagamento dos valores, em 30 dias, sob pena de multa -, haja vista que, uma vez considerada devida a exação - o seu pagamento nada mais é do que a consequência da própria decisão judicial.

Nesse passo, não configurados a probabilidade do provimento do apelo, tampouco o dano grave ou de difícil reparação, indefiro pedido de efeito suspensivo à apelação.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001411-39.2018.4.03.6144

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: TECNOLOGIA BANCARIA S.A.

Advogado do(a) APELANTE: FLAVIO PASCHOA JUNIOR - SP332620-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Em homenagem ao princípio do contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal) e diante da possibilidade, em tese, de serem concedidos efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos, abra-se vista para contrarrazões, no prazo legal.

Após, retomem conclusos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033187-88.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

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

Advogado do(a) AGRAVANTE: ADRIANA CARLA BIANCO - SP359007-A

AGRAVADO: RAFAELA CRISTINA ALVES PEREIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela “**Ordem dos Advogados do Brasil - Seção De São Paulo**”, contra a r. decisão proferida nos autos da Execução de Título Extrajudicial de n. 5031306-80.2018.4.03.6100, ajuizada em face de **Rafaela Cristina Alves Pereira** e em trâmite perante o Juízo Federal da 22ª Vara Cível de São Paulo/SP, que determinou a remessa dos autos a uma das Varas Federais de Execuções Fiscais (ID 40658977 dos autos de origem).

De acordo com a recorrente, “*considerando os termos da decisão proferida pelo STF nas ADIN’s 3026 e 1717, e posicionamentos já tomados pelo E. STJ, bem como previsão constante nos artigos 46 e 58, IX da Lei Federal n. 8.906/94 (regulamentados pelos artigos 55 e seguintes do Regulamento Geral da OAB), as anuidades da Ordem dos Advogados do Brasil não possuem natureza tributária*” (ID 149196540 - Pág. 6).

Pugna seja deferido o efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.019, inciso I, do Código de Processo Civil.

É o sucinto relatório. Decido.

O atual Código de Processo Civil reforçou a importância do princípio do contraditório, de modo que as medidas liminares “inaudita altera parte” devem ser reservadas para as hipóteses em que a urgência seja tamanha que grave e concreto dano possa consumir-se antes mesmo da manifestação da parte contrária.

Nesse contexto, os argumentos apresentados pela parte recorrente não autorizam a suspensão do cumprimento da decisão recorrida. Isso porque não se extraem dos autos elementos suficientes que demonstrem que o indeferimento da medida ora pleiteada colocaria em risco a eficácia do provimento final, a cargo da Turma, a tanto não bastando a alegação no sentido de que “*o reconhecimento da aplicabilidade da Lei de Execuções Fiscais no presente caso, causará prejuízos perante a esta Entidade*” (ID 149196540 - Pág. 4).

Assim, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se.

Dê-se ciência à parte agravante.

Cumpra-se o disposto no artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033187-88.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO

Advogado do(a) AGRAVANTE: ADRIANA CARLA BIANCO - SP359007-A

AGRAVADO: RAFAELA CRISTINA ALVES PEREIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela “**Ordem dos Advogados do Brasil - Seção De São Paulo**”, contra a r. decisão proferida nos autos da Execução de Título Extrajudicial de n. 5031306-80.2018.4.03.6100, ajuizada em face de **Rafaela Cristina Alves Pereira** e em trâmite perante o Juízo Federal da 22ª Vara Cível de São Paulo/SP, que determinou a remessa dos autos a uma das Varas Federais de Execuções Fiscais (ID 40658977 dos autos de origem).

De acordo com a recorrente, “*considerando os termos da decisão proferida pelo STF nas ADIN’s 3026 e 1717, e posicionamentos já tomados pelo E. STJ, bem como previsão constante nos artigos 46 e 58, IX da Lei Federal n. 8.906/94 (regulamentados pelos artigos 55 e seguintes do Regulamento Geral da OAB), as anuidades da Ordem dos Advogados do Brasil não possuem natureza tributária*” (ID 149196540 - Pág. 6).

Pugna seja deferido o efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.019, inciso I, do Código de Processo Civil.

É o sucinto relatório. Decido.

O atual Código de Processo Civil reforçou a importância do princípio do contraditório, de modo que as medidas liminares “inaudita altera parte” devem ser reservadas para as hipóteses em que a urgência seja tamanha que grave e concreto dano possa consumir-se antes mesmo da manifestação da parte contrária.

Nesse contexto, os argumentos apresentados pela parte recorrente não autorizam a suspensão do cumprimento da decisão recorrida. Isso porque não se extraem dos autos elementos suficientes que demonstrem que o indeferimento da medida ora pleiteada colocaria em risco a eficácia do provimento final, a cargo da Turma, a tanto não bastando a alegação no sentido de que “*o reconhecimento da aplicabilidade da Lei de Execuções Fiscais no presente caso, causará prejuízos perante a esta Entidade*” (ID 149196540 - Pág. 4).

Assim, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se.

Dê-se ciência à parte agravante.

Cumpra-se o disposto no artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5022981-53.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ROBERTO BUENO, K.V. SOUND E ACESSORIOS LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: ERICO TARCISO BALBINO OLIVIERI - SP184337-A

Advogado do(a) APELANTE: ERICO TARCISO BALBINO OLIVIERI - SP184337-A

APELADO: ORDEM DOS MUSICOS DO BRASIL CONS REG DO EST DE SAO PAUL

Advogados do(a) APELADO: THIAGO PHILLIP LEITE - SP414962-A, JOSE ROBERTO MAZETTO - SP31453-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos, etc.

Intime-se a parte embargada para se manifestar sobre os embargos de declaração, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil.

Após, dê-se vista dos autos à Procuradoria da República para parecer.

Oportunamente, tomem conclusos.

Publique-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0012864-35.2010.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: SICAP - SIND DO COMERC ATACADISTA, IMPORTADOR, EXPORTADOR E DISTRIB DE PECAS, ROLAMENTOS, ACESSORIOS E COMPONENTES PARA INDUSTE PARA VEICULOS EST SP

Advogados do(a) APELANTE: LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A, LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Em homenagem ao princípio do contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal) e diante da possibilidade, em tese, de serem concedidos efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos, abra-se vista para contrarrazões, no prazo legal.

Após, retomem conclusos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5021507-47.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: BAYER S.A.

Advogados do(a) APELANTE: THAIS FERNANDEZ MARINI SALVIATTO - SP267561-A, RAFAEL DEPONTI AFONSO - SP199930-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - DERAT/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Em homenagem ao princípio do contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal), e diante da possibilidade, em tese, de serem concedidos efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), abra-se vista à parte contrária para manifestação, no prazo de cinco dias (art. 1.023, § 2.º, do atual Código de Processo Civil).

Intimem-se.

Após, voltemos autos conclusos

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006690-44.2009.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: JBS S/A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: FELIPE RICETTI MARQUES - SP200760-A, MARCIO SOCORRO POLLET - SP156299-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, JBS S/A

Advogados do(a) APELADO: FELIPE RICETTI MARQUES - SP200760-A, MARCIO SOCORRO POLLET - SP156299-S

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Tendo em vista a petição retro (ID 145990459), intime-se a JBS S/A para que traga aos autos, no prazo de 10 (dez) dias, procuração com poderes específicos, inclusive para desistir e renunciar, bem como a juntada do contrato social atualizado, com o fim de comprovar a validade da outorga de poderes aos seus signatários, nos termos dos artigos 75, inciso VIII c/c artigo 105 do Novo Código de Processo Civil.

Após, venhamos autos conclusos.

Intime-se

Publique-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0033317-61.2004.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: FATOR S/A - CORRETORA DE VALORES

Advogados do(a) APELANTE: VINICIUS BRANCO - SP77583-A, ANGELA BEATRIZ PAES DE BARROS DI FRANCO - SP88601-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Em homenagem ao princípio do contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal) e diante da possibilidade, em tese, de serem concedidos efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos, abra-se vista para contrarrazões, no prazo legal.

Após, retomem conclusos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005934-89.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIMED NORDESTE PAULISTA - FEDERACAO INTRAFEDERATIVA DAS COOPERATIVAS MEDICAS

Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO CASTILHO MACHADO - SP291667-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Tendo em vista que a embargante (Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS) pretende que sejam atribuídos efeitos modificativos aos respectivos embargos de declaração por ela opostos, intime-se a embargada (Unimed Nordeste Paulista – Federação Intrafederativa das Cooperativas Médicas), para que ofereça resposta ao recurso noticiado, em querendo.

Prazo de 10 (dez) dias, findos os quais, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003164-40.2020.4.03.6183

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: GERÊNCIA EXECUTIVA SÃO PAULO NORTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA MADALENA DE FATIMA MARIS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta por INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra sentença em que concedida a segurança requerida nos seguintes termos:

Dessa forma, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO**, confirmando a liminar anteriormente deferida (que já foi cumprida) e extingo o feito com julgamento do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Custas "ex lege".

Honorários advocatícios indevidos.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição."

Após a subida dos autos a esta E. Corte, a impetrante formulou pedido de desistência da ação nos seguintes termos:

".. informar que não tem mais interesse no presente feito, já que o objeto do Mandado de Segurança não existe mais, uma vez que o requerimento, cujo NÚMERO DE PROTOCOLO É 1175884711, foi concluído, conforme documento comprobatório em anexo, e assim, requerer a desistência da ação.

Diante do exposto, requer se Vossa Excelência homologar a presente desistência por sentença e extinguir o processo com fundamento no art. 485, inciso VIII, do Código de Processo Civil."

É o relatório.

Decido.

A desistência do mandado de segurança independe da aquiescência da parte contrária e pode ser requerida a qualquer tempo, mesmo quando proferida decisão de mérito.

O colendo Supremo Tribunal Federal pacificou a matéria acerca da desistência do mandado de segurança após o julgamento do RE nº 669.367/RJ, apreciado em sede de repercussão geral, no qual foi firmada a seguinte tese (Tema 530):

É lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora ou da entidade estatal interessada ou, ainda, quando for o caso, dos litisconsortes passivos necessários, a qualquer momento antes do término do julgamento, mesmo após eventual sentença concessiva do 'writ' constitucional, não se aplicando, em tal hipótese, a norma inscrita no art. 267, § 4º, do CPC/1973. (RE 669367, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

Ante o exposto, homologo o pedido de desistência da ação e declaro extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VIII, do CPC.

Intimem-se.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recurso, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032873-45.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILLA DE HELD MENA BARRETO SILVEIRA - SP154087-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILLA DE HELD MENA BARRETO SILVEIRA - SP154087-A

AGRAVADO: APEX TOOL GROUP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERRAMENTAS LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Serviço Social da Indústria – Sesi** e pelo **Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai** contra a r. decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança de n. 5004747-85.2020.4.03.6110, impetrado por “**Apex Tool Group Indústria e Comércio de Ferramentas Ltda.**” em face de ato praticado pelo **Delegado da Receita Federal do Brasil em Sorocaba** e em trâmite perante o Juízo Federal da 4ª Vara Federal de Sorocaba/SP.

Os agravantes pleiteiam concessão dos benefícios da gratuidade judiciária, alegando, em síntese, que, “*com o advento da MPV 932, as entidades sofreram importante corte em sua arrecadação, cujo efeito é refletido até hoje no caixa das entidades*” (ID 149012106 - Pág. 4).

É o sucinto relatório. Decido.

A Medida Provisória n. 932, de 31 de março de 2020, que alterou as alíquotas de contribuição aos serviços sociais autônomos, foi editada como objetivo de reduzir temporariamente as despesas das empresas brasileiras “*para manutenção do fluxo de caixa e preservação dos empregos nos setores beneficiados no momento em que atividade econômica nacional deverá ser atingida com mais intensidade pela crise provocada pela disseminação do Covid-19*”, conforme sua exposição de motivos (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv932.htm).

Além disso, o Código de Processo Civil, no artigo 99, § 2º, é expresso no sentido de autorizar o indeferimento do pedido de justiça gratuita se os elementos constantes dos autos evidenciarem a falta de pressupostos legais para a concessão do benefício.

Nesse contexto normativo, a invocação da aplicação de ato com força de lei, editado por conta de crise econômica causada pela pandemia de Covid-19, não pode servir de fundamento, único e abstrato, para a concessão da gratuidade judiciária, devendo-se concluir que o valor do preparo (R\$64,26) pode ser suportado pelos agravantes sempre juízo de suas atividades sociais.

Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido de justiça gratuita, nos termos supra.

Intimem-se os agravantes para que, **no prazo de 5 (cinco) dias e sob pena de inadmissão do recurso**, recolha o valor destinado ao preparo (código de recolhimento: 18720-8; valor: R\$64,26; nome da unidade favorecida: Tribunal Regional Federal da 3ª Região; UG/Gestão: 090029/00001), nos termos da Resolução nº 138/2017 da Presidência dessa Corte Regional.

Após, à conclusão.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021026-46.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: RONDAI SEGURANCA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANDERSON YUKIO YAMADA - MS16783, RACHEL DE PAULA MAGRINI SANCHES - MS8673

AGRAVADO: REITORA PRÓ-TEMPORE DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS - MS

INTERESSADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Por meios das petições de ID 141567166 e ID 147984300, a agravante reitera pedido de concessão de antecipação dos efeitos da tutela recursal para que sejam suspensas as sanções administrativas a ela impostas e junta documentos.

Por ocasião do pronunciamento monocrático de ID 138101487, entendeu-se pela ausência de urgência aguda a ponto de autorizar a pronta intervenção do Poder Judiciário, circunstância que se mantém no presente momento, valendo ressaltar que as alegações no sentido de que “*a) não houve qualquer espécie de prejuízo à Administração Pública, de modo direto ou indireto; b) o contrato já finalizou, com a prestação de serviço sido efetivada integralmente; c) permanecendo os valores fixados, haverá enriquecimento sem causa pelo órgão em questão*” (ID 141567166 - Pág. 2 deste instrumento) demandam análise a ser feita por ocasião do julgamento do mérito.

Além disso, em consulta aos autos de origem, verifica-se que o Ministério Público Federal manifestou estar “*ciente da decisão que indeferiu a liminar, requerendo sua confirmação em sentença*” e informou que “*extrairá cópia do feito para tomada das providências no âmbito criminal, haja vista indícios de uso de documento falso perante a UFGD*” (ID 40568483 do Mandado de Segurança), circunstância que desautoriza, num primeiro momento, o acolhimento da alegação de “*inexistência do periculum in mora inverso, uma vez que não haverá prejuízos à Administração Pública em caso de suspensão das sanções impostas à Agravante*” (ID 147984300 - Pág. 3).

Nesse contexto, é o caso de manter a decisão de ID 138101487 por seus próprios fundamentos.

Por fim, considerando-se que a agravada possui o direito de se manifestar por último, faz-se imperioso, em caráter excepcional e por conta da iniciativa da agravante, facultar à recorrida nova e derradeira manifestação.

Assim, intime-se novamente a parte agravada, para, querendo, manifestar-se no prazo de 5 (cinco) dias sobre as petições e documentos juntados pela recorrente.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001671-91.2013.4.03.6108

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: MUNICIPIO DE AGUDOS

Advogado do(a) APELANTE: NELMA APARECIDA CARLOS DE MEDEIROS - SP131886

APELADO: AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL, COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ

Advogados do(a) APELADO: DIEGO HERRERA ALVES DE MORAES - SP295549-S, JOAO CARLOS ZANON - SP163266-A

DESPACHO

Diante das correções efetuadas pela DITI no presente feito, dê-se nova vista às partes, para ciência e manifestação acerca de eventual desconformidade em sua digitalização - Prazo: 30 (trinta) dias.

Int.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

jlaacruz

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019731-71.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: CAJAMAR INVESTIMENTOS IMOBILIARIOS EIRELI

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIO PALLARETTI CALCINI - SP197072-A, DANILO MARQUES DE SOUZA - SP273499-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação de tutela recursal, frente ao decidido na origem, relativamente à prorrogação de datas de vencimento de tributos federais, durante o estado de calamidade pública, nos termos do artigo 1º da Portaria MF 12/2012.

Posteriormente, sobreveio sentença denegatória de ordem no processo de origem (ID 149684249).

DECIDO.

A sobrevinda de sentença prejudica o conhecimento de recurso interposto à liminar, pois a decisão que encerra a prestação jurisdicional em primeiro grau tem conteúdo cognitivo mais amplo que a medida liminar, substituindo-a na íntegra, conforme revela o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

AgInt no REsp 1486017, Rel. Min. NAPOLEÃO MAIA, DJe 21/08/2019: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA DE PARCELAMENTO DE DÉBITO. PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL REFIN. VALOR IRRISÓRIO EM FACE DO VALOR CONSOLIDADO DA DÍVIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA O INDEFERIMENTO DA LIMINAR. SENTENÇA DE MÉRITO SUPERVENIENTE NO PROCESSO PRINCIPAL. AGRAVO INTERNO DA CONTRIBUINTE PREJUDICADO, POR PERDA DO OBJETO. 1. Observa-se que o presente Agravo Interno foi interposto contra decisão que negou seguimento Recurso Especial no qual se objetiva reformar acórdão proferido em sede de Agravo de Instrumento manejado pela Contribuinte, em face do indeferimento de liminar em Mandado de Segurança. 2. No entanto, para além de tal discussão, percebe-se, pelo andamento eletrônico da ação na origem (Mandado de Segurança 50015228620144047000), que foi proferida sentença denegatória da segurança, que transitou em julgado em 20.7.2018. 3. Dívida não há de que, em situações tais, o Agravo de Instrumento interposto na origem contra decisão interlocutória que indeferiu a liminar, bem como todos os recursos que lhe seguem, como o presente Recurso Especial, tornam-se sem efeito, é dizer, perdem o objeto".

Assim, nítida a superveniente perda de interesse em processar e julgar o agravo de instrumento, tendo em vista não mais subsistir a utilidade do recurso para a reforma da medida liminar indeferida em primeiro grau, já que substituída pela sentença posterior.

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

Publique-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004646-91.2010.4.03.6108

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, PAULO CÉSAR FAVERO ZANETI, JOAO CARLOS SCALONE, BERNARDO GONZALEZ VONO, CELSO AVILA MARQUES, ALVARO LIMA, GERALDO NARDI, JOSEPH GEORGES SAAB, CELIO PARISI, VLADMIR SCARP, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: MICHEL DE SOUZA BRANDAO - SP157001-A
Advogado do(a) APELANTE: MICHEL DE SOUZA BRANDAO - SP157001-A
Advogado do(a) APELANTE: MICHEL DE SOUZA BRANDAO - SP157001-A
Advogado do(a) APELANTE: MICHEL DE SOUZA BRANDAO - SP157001-A
Advogado do(a) APELANTE: MICHEL DE SOUZA BRANDAO - SP157001-A
Advogado do(a) APELANTE: MICHEL DE SOUZA BRANDAO - SP157001-A
Advogado do(a) APELANTE: EDSON ROBERTO REIS - SP69568
Advogado do(a) APELANTE: CELIO PARISI - SP60453-A
Advogado do(a) APELANTE: THIAGO LUIS RODRIGUES TEZANI - SP214007-A

APELADO: JONAS FLORENCIO DA ROCHA, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, ANTONIO CARLOS CATHARIN

Advogado do(a) APELADO: JOAO BAPTISTACAMPOS PORTO - SP131247

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

ID 107493933 e ID 126559313 - Trata-se de pedido formulado por P. C. F. Z e outros com o fim de que sejam desbloqueados os seus bens haja vista a absolvição no bojo desta ação, bem como o trânsito em julgado da decisão

Considerando o decreto de absolvição dos peticionários e ausência de interesse em recorrer manifestada pelo Ministério Público Federal, **de ofício** a expedição dos ofícios.

Antes, contudo, indiquemos peticionários, pormenorizadamente, por nome e CPF, para quais instituições, cartórios etc. devem ser expedidos os competentes ofícios, apontando, ainda, o número de fls. dos autos em que constam as ordens e efetivação das restrições.

Publique-se. Intimem-se.

(d)

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008744-09.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: RB CAPITAL REALTY ONE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S.A.

Advogados do(a) PARTE AUTORA: FABIO CATTAPRETA CASELLA - SP405865-A, ANDRE DE ALMEIDA RODRIGUES - SP164322-A
PARTE RE: DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT, FAZENDA NACIONAL (UNIÃO FEDERAL), UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO//SP
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, UNIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial à sentença que, confirmando liminar, concedeu em parte mandado de segurança para análise de requerimento administrativo pela autoridade impetrada protocolado há mais de 360 dias.

Não houve recurso voluntário.

É o relatório.

DECIDO.

Nos termos do artigo 932, CPC, incumbe ao relator, por decisão monocrática: **não conhecer de recurso** inadmissível, prejudicado ou não impugnado em específico quanto aos fundamentos da decisão recorrida (inciso III); **negar provimento a recurso** contrário a súmulas de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso IV, a), a julgados repetitivos de Cortes Superiores (inciso IV, b) e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso IV, c); e, facultadas contrarrazões, **dar provimento ao recurso** se a decisão recorrida contrariar súmula de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso V, a), julgado repetitivo de Cortes Superiores (inciso V, b), e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso V, c).

Segundo a Corte Superior, a legislação processual também permite "ao relator decidir monocraticamente o recurso, quando amparado em **jurisprudência dominante ou Súmula de Tribunal Superior**, consoante exegese do art. 932, IV e V, do CPC/2015. Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno" (AgInt nos EDcl no CC 139.267/PE, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 18/11/2016).

Em se tratando de remessa necessária, dispõe o artigo 496, §§ 3º e 4º, CPC, no sentido do não cabimento do reexame oficial, em equivalência, no caso do § 4º, com as hipóteses de negativa de provimento de recurso voluntário.

Na espécie, encontra-se firmado no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de REsp 1.138.206, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC/1973, o entendimento de que o exame de pleitos administrativos fiscais submete-se ao prazo do artigo 24 da Lei 11.457/2007, incorrendo em mora o Fisco após o exaurimento do lapso respectivo, concluindo-se que não cabe a remessa oficial, nos termos do artigo 496, § 4º, II, do Código de Processo Civil.

Neste sentido:

RESP 1.138.206, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 01/09/2010: "TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." 2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005) 3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte. 4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis: "Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001) I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada. § 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas. § 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos." 5. A Lei n. 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo das petições, litteris: "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte." 6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes. 7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07). 8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (g.n.)

Na espécie, o requerimento administrativo foi protocolado em 29/12/2016, sendo movimentado apenas após a concessão de liminar, revelando que a sentença encontra-se em plena conformidade com a jurisprudência consolidada, a ser aplicada para prestigiar a celeridade e a eficiência da Administração Pública, reforçando-se o acerto do julgado diante da própria falta de recurso voluntário.

Ante o exposto, com esteio no artigo 496, § 4º, II, do Código de Processo Civil, não conheço da remessa oficial.

Publique-se.

Oportunamente, baixemos autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012742-82.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: COMPANHIA ULTRAGAZ SA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SC29924-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial à sentença que, confirmando liminar, concedeu mandado de segurança para imediata prolação de decisão no pedido de restituição formulado em processo administrativo protocolado há mais de 360 dias.

Não houve recurso voluntário.

É o relatório.

DECIDO.

Nos termos do artigo 932, CPC, incumbe ao relator, por decisão monocrática: **não conhecer de recurso** inadmissível, prejudicado ou não impugnado em específico quanto aos fundamentos da decisão recorrida (inciso III); **negar provimento a recurso** contrário a súmulas de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso IV, a), a julgados repetitivos de Cortes Superiores (inciso IV, b) e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso IV, c); e, facultadas contrarrazões, **dar provimento ao recurso** se a decisão recorrida contrariar súmula de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso V, a), julgado repetitivo de Cortes Superiores (inciso V, b), e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso V, c).

Segundo a Corte Superior, a legislação processual também permite "ao relator decidir monocraticamente o recurso, quando amparado em jurisprudência dominante ou Súmula de Tribunal Superior, consoante exegese do art. 932, IV e V, do CPC/2015. Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno" (AgInt nos EDcl no CC 139.267/PE, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 18/11/2016).

Em se tratando de remessa necessária, dispõe o artigo 496, §§ 3º e 4º, CPC, no sentido do não cabimento do reexame oficial, em equivalência, no caso do § 4º, com as hipóteses de negativa de provimento de recurso voluntário.

Na espécie, encontra-se firmado no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de REsp 1.138.206, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC/1973, o entendimento de que o exame de pleitos administrativos fiscais submete-se ao prazo do artigo 24 da Lei 11.457/2007, incorrendo em mora o Fisco após o esgotamento do lapso respectivo, concluindo-se que não cabe a remessa oficial, nos termos do artigo 496, § 4º, II, do Código de Processo Civil.

Neste sentido:

RESP 1.138.206, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 01/09/2010: "TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." 2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005) 3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte. 4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis: "Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001) I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada. § 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas. § 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos." 5. A Lei n. 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris: "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte." 6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes. 7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07). 8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (g.n.)

Na espécie, o requerimento administrativo foi protocolado em 16/10/2018, sendo decidido somente após o deferimento da liminar e concessão da segurança (ID 146976397), revelando que a sentença encontra-se em plena conformidade com a jurisprudência consolidada, a ser aplicada para prestigiar a celeridade e a eficiência da Administração Pública, reforçando-se o acerto do julgado diante da própria falta de recurso voluntário.

Ante o exposto, com esteio no artigo 496, § 4º, II, do Código de Processo Civil, não conheço da remessa oficial.

Publique-se.

Oportunamente, baixemos autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000386-69.2017.4.03.6000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: AGPM CELULAR LTDA.

Advogado do(a) PARTE AUTORA: PEDRO RAMIREZ ROCHA DA SILVA - MS10111-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial à sentença que, confirmando a liminar, concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que conclua a análise dos pedidos de restituição protocolados há mais de 360 dias.

Não houve recurso voluntário.

É o relatório.

DECIDO.

Nos termos do artigo 932, CPC, incumbe ao relator, por decisão monocrática: **não conhecer de recurso** inadmissível, prejudicado ou não impugnado em específico quanto aos fundamentos da decisão recorrida (inciso III); **negar provimento a recurso** contrário a súmulas de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso IV, *a*), a julgados repetitivos de Cortes Superiores (inciso IV, *b*) e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso IV, *c*); e, facultadas contrarrazões, **dar provimento ao recurso** se a decisão recorrida contrariar súmula de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso V, *a*), julgado repetitivo de Cortes Superiores (inciso V, *b*), e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso V, *c*).

Segundo a Corte Superior, a legislação processual também permite “*ao relator decidir monocraticamente o recurso, quando amparado em jurisprudência dominante ou Súmula de Tribunal Superior, consoante exegese do art. 932, IV e V, do CPC/2015. Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno*” (AgInt nos EDcl no CC 139.267/PE, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 18/11/2016).

Em se tratando de remessa necessária, dispõe o artigo 496, §§ 3º e 4º, CPC, no sentido do não cabimento do reexame oficial, em equivalência, no caso do § 4º, com as hipóteses de negativa de provimento de recurso voluntário.

Na espécie, encontra-se firmado no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de REsp 1.138.206, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC/1973, o entendimento de que o exame de pleitos administrativos fiscais submete-se ao prazo do artigo 24 da Lei 11.457/2007, incorrendo em mora o Fisco após o esgotamento do lapso respectivo, concluindo-se que não cabe a remessa oficial, nos termos do artigo 496, § 4º, II, do Código de Processo Civil.

Neste sentido:

RESP 1.138.206, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 01/09/2010: “TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétreua e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” 2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005) 3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte. 4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis: “Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001) I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada. § 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas. § 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.” 5. A Lei n. 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris: “Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.” 6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes. 7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07). 8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.” (g.n.)

Na espécie, os requerimentos administrativos foram protocolado em 17 e 21/09/2015, sendo analisado somente após a concessão da liminar (ID 144857035), revelando que a sentença encontra-se em plena conformidade com a jurisprudência consolidada, a ser aplicada para prestigiar a celeridade e a eficiência da Administração Pública, reforçando-se o acerto do julgado diante da própria falta de recurso voluntário.

Ante o exposto, com esteio no artigo 496, § 4º, II, do Código de Processo Civil, não conheço da remessa oficial.

Publique-se.

Oportunamente, baixemos autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029031-57.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: CROISSANTINDUSTRIA E COMERCIO DE SALGADOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO CESAR LOPES GONCALES - SP196459-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos. Determino a retirada de pauta do presente feito.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CROISSANT INDUSTRIA E COMERCIO DE SALGADOS LTDA em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 7ª Vara de São Paulo/SP.

Em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal de 1ª Instância verifica-se que já foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033632-09.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: VEPP EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO SPE LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: THIAGO JOSE DE SOUZA BONFIM - SP256185-B, NIVALDO FERNANDES GUALDA JUNIOR - SP208908-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Postergo, por ora, a apreciação do pedido de efeito suspensivo/antecipação dos efeitos da tutela recursal para após a vinda da contraminuta. Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do CPC.

Intime-se

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033241-54.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida pelo r. Juízo *a quo*.

Não identificado *periculum in mora* imediato, intime-se a agravada para contraminuta previamente ao exame de mérito.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000336-57.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: GENERAL ELECTRIC DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ANDRE FITTIPALDI MORADE - SP206553-A

APELADO:SERVICO SOCIAL DA INDUSTRIA - SESI

Advogado do(a) APELADO: MARCELO CAMARGO PIRES - SP96960-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Em homenagem ao princípio do contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal) e diante da possibilidade, em tese, de serem concedidos efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos, abra-se vista para contrarrazões, no prazo legal.

Após, retomem conclusos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007180-59.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ATUANTE EM DOURADOS/MS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, em sede de pedido de concessão de tutela antecedente formulado pelo Ministério Público Federal, contra decisão da 1ª Vara Federal de Dourados/MS que reconheceu sua competência para processar e julgar o feito, bem como concedeu a liminar para suspender a realização da reunião apazada para 31.03.2020 com o fito de deliberar acerca da “*Proposta de Resolução de Diretoria Colegiada que altera os prazos da RDC n. 177, de 21 de setembro de 2017*” a qual dispõe sobre a proibição do ingrediente ativo *Paraquate* em produtos agrotóxicos no país e sobre as medidas transitórias de mitigação de riscos.

A liminar recursal foi negada.

Foi ofertada contraminuta pela parte adversa.

O Ministério Público Federal, em parecer, opina seja julgado prejudicado o recurso.

É o relato do essencial.

Considerando-se o efeito direito neste feito da Suspensão de Liminar nº 5019020-66.2020.4.03.0000 concedida pelo Presidente deste Tribunal, bem como a redistribuição do feito originário a um dos Juízos da Seção Judiciária do Distrito Federal, com possibilidade, inclusive, da matéria subjacente a este recurso ter sido reapreciada por aquele Juízo, e, ainda, o fato de que em 18.08.2020 a alteração dos prazos da RDC nº 177/2017 foi deliberada na 15ª Reunião Ordinária Pública da Diretoria Colegiada da ANVISA, julgo prejudicado o recurso com fundamento no artigo 932, II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Nada sendo requerido, arquivem-se.

(d)

São Paulo, 16 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5032565-09.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: ARGO SEGUROS BRASIL S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA AMENDOLA - SP154182-A, RENAN CASTRO - SP296915-A, ISABELLA CONTE CAMILO LINHARES - SP406825-A

AGRAVADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM SÃO PAULO - DEINF, FAZENDA NACIONAL (UNIÃO FEDERAL), UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos de declaração opostos por “Argo Seguros Brasil S.A.”, em face da decisão monocrática ID 148775602, que indeferiu pedido de antecipação da tutela recursal.

A embargante alega que a decisão recorrida “*incorreu em omissão, pois, conforme facilmente se verifica do Mandado de Segurança impetrado na origem e do Agravo de Instrumento interposto pela ora Embargante, a matéria em discussão restringe-se ao momento de tributação das variações cambiais positivas pelo PIS e pela COFINS*” (ID 149111208 - Pág. 4).

É o sucinto relatório. Decido.

Os embargos de declaração merecem acolhimento, devendo constar da fundamentação o que segue, sem no entanto que tal acréscimo modifique o resultado da decisão.

O Código de Processo Civil de 2015 reforçou a importância do princípio do contraditório, de modo que as medidas liminares “*inaudita altera parte*” devem ser reservadas para as hipóteses em que a urgência é tamanha que grave e concreto dano possa consumir-se antes mesmo da manifestação da parte contrária.

Note-se que, ao aludir-se a dano grave e concreto, afastam-se a mera possibilidade e o simples inconveniente que possa ser infligido à parte demandante.

No presente caso, a par da relevância dos fundamentos apresentados pela recorrente, não há como reconhecer “*periculum in mora*” alegado no ID 148676511 - Pág. 24-26 do agravo de instrumento.

Isso porque, os argumentos no sentido de que a recorrente “*certamente será atendida pela Receita Federal*”, sofrendo acréscimo de multa punitiva e de juros moratórios, bem como ficará impossibilitada de “*renovar a sua certidão de regularidade fiscal federal, além de ser incluída em cadastros restritivos*” demonstram tão somente o “*perigo de retardamento*”, ou seja, risco de o provimento vir em tempo que não seja o mais conveniente para a agravante, não autorizando, portanto, a concessão da antecipação da tutela recursal.

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

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração para sanar a omissão apontada e fazer constar a fundamentação supra, sem, contudo, dar-lhes efeitos infringentes.

Comunique-se o Juízo de primeira instância.

Dê-se ciência à embargante.

Cumpram-se os comandos finais da decisão de ID 148775602.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5014436-53.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: FEFER INDUSTRIA, EXPORTACAO E COMERCIO DE MOVEIS EIRELI - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO LUIS ALMEIDA DOS ANJOS - SP354374-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Fefer Indústria, Exportação e Comércio de Móveis EIRELI – ME**, contra a r. decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança de n. 5002294-08.2020.4.03.6114.

Informação colhida no Processo Judicial Eletrônico de 1ª instância dá conta de que o MM. Juízo “*a quo*” proferiu sentença nos autos de origem (ID 38096767).

Considerando que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão relativa à liminar, julgo-o prejudicado, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Oportunamente, certifique-se o transcurso do prazo sem a interposição de recurso, comunicando-se à Vara de origem, e dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5033659-89.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: BENEDITO RODEGUER JUNIOR

Advogado do(a) AGRAVANTE: DENISE RODEGUER - SP291039-N

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DE AVIACAO CIVIL - ANAC

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Benedito Rodeguer Junior**, inconformado com a r. decisão exarada nos autos da Execução Fiscal de nº 0002957-74.2013.8.26.0274, ajuizada pela **Agência Nacional de Aviação Civil - Anac** e em trâmite perante o Juízo Estadual da Comarca de Itápolis/SP.

É o sucinto relatório. Decido.

O presente recurso, a toda evidência, não deve ser conhecido.

Trata-se de decisão proferida por juiz estadual, investido na competência federal delegada, de sorte que o recurso deveria ter sido dirigido ao Tribunal Regional Federal, nos termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 109 da Constituição Federal, o que não ocorreu no presente caso.

De fato, a decisão recorrida foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 22/09/2020 (ID 149672623 - Pág. 126 deste instrumento); o recorrente interpôs agravo de instrumento perante o E. Tribunal de Justiça do Estado São Paulo, que não conheceu do recurso e determinou sua remessa a esta Corte Regional (ID 149672623 - Pág. 130-136 deste instrumento).

Apenas em 16/12/2020 o recurso foi protocolado perante este Tribunal Regional Federal, sendo endereçado, aliás, ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Neste cenário, o recurso mostra-se manifestamente intempestivo, conforme prazo previsto no artigo 1.003, § 5º, do Código de Processo Civil. Isto porque, descumpridas as determinações contidas nos artigos 1.016, *caput* e 1.017, § 2º, inciso I, do referido diploma normativo, o agravo de instrumento foi protocolado perante este Tribunal Regional Federal quando já superado o lapso para sua apresentação.

Frise-se que a interposição de agravo de instrumento perante Corte Estadual, incompetente para sua apreciação, não suspende nem interrompe o prazo recursal, cuja verificação deve ser feita com base na data da entrada do recurso no protocolo do Tribunal Regional Federal. Corroborando o entendimento ora esposado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTEMPESTIVIDADE. JURISDIÇÃO ESTADUAL A QUO DELEGADA. COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DO RECURSO. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ART. 108, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROTOCOLO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ERRO INESCUSÁVEL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Decisão agravada proferida por Juízo de Direito investido na jurisdição federal, delegada nos termos do art. 109, § 3º, da Constituição da República.

2. Agravo de instrumento endereçado ao Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, posteriormente, protocolado neste Tribunal Regional Federal quando já ultrapassado o prazo do art. 1.003, § 5º, do CPC, após decisão de não conhecimento do recurso por aquela Corte.

3. Afere-se a tempestividade do recurso pelo protocolo no tribunal competente para julgá-lo.

4. Recurso manifestamente intempestivo, haja vista que deveria ter sido protocolado diretamente neste Tribunal Regional Federal, nos termos do artigo 108, II, da Constituição da República. A interposição no Tribunal de Justiça do Estado configura erro inescusável, circunstância que inviabiliza a interrupção do prazo recursal. Precedentes.

5. Agravo de instrumento não conhecido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5011811-80.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 10/07/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 12/07/2019)

AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. ENDEREÇAMENTO ERRÔNEO. ERRO GROSSEIRO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - Tratando-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de juiz estadual no exercício de jurisdição federal delegada, afigura-se erro grosseiro o seu endereçamento ao Tribunal de Justiça, órgão manifestamente desprovido de competência recursal por imperativo de ordem constitucional, o que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

II - O recurso protocolado no Tribunal de Justiça Estadual não tem efeito de interrupção da contagem do prazo recursal, por não se tratar de protocolo integrado que permita o recebimento de petições endereçadas a este Tribunal Regional Federal, existente tão somente entre as subseções da Justiça Federal de Primeira Instância localizadas no interior do Estado de São Paulo, assim como na Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, consoante disciplina do Item I do Provimento 106, de 24/11/1994, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

III - Considera-se a data da interposição do recurso o dia 09.10.2018, que foi a data do seu recebimento no setor de protocolo desta Corte, do que resulta sua manifesta intempestividade, eis que após o termo final do prazo recursal, uma vez que a decisão recorrida foi publicada na imprensa oficial em 03.09.2018, conforme consulta ao Sistema de Informação Processual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

IV - No agravo interno, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão.

V - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.

VI - Agravo interno não provido.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5025409-38.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARISA FERREIRA DOS SANTOS, julgado em 10/07/2019, Intimação via sistema DATA: 12/07/2019)

Ressalte-se que, no presente caso, não se aplica o disposto no artigo 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil, pois não há como sanar vício de intempestividade.

Assim, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil, **NÃO CONHEÇO** do agravo de instrumento, por apresentar-se manifestamente intempestivo.

Intime-se.

Oportunamente, certifique-se o transcurso do prazo sem a interposição de recurso, comunicando-se à Vara de origem, e dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033510-93.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/12/2020 39/837

AGRAVANTE: CRQ - PRODUTOS QUIMICOS EIRELI

Advogado do(a) AGRAVANTE: RENAN LEMOS VILLELA - RS346100-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Verifica-se que as custas não foram recolhidas no primeiro dia útil subsequente ao de protocolo da petição do agravo de instrumento, conforme determina a Resolução de n. 373/2020 da E. Presidência dessa Corte Regional.

Nesse contexto, intime-se a parte agravante para que, no prazo de 5 (cinco) dias e sob pena de inadmissão do recurso, promova o recolhimento em dobro do valor destinado ao preparo, nos termos do artigo 932, inciso III e parágrafo único, combinado como artigo 1.007, *caput* e § 4º, do Código de Processo Civil, bem como da Resolução n. 138/2017 da Presidência deste Tribunal (recolhimento junto à Caixa Econômica Federal; código: 18720-8; nome da unidade favorecida: Tribunal Regional Federal da 3ª Região; UG/Gestão: 090029/00001).

Cumpra-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033583-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: ROSIEL CAETANO DA SILVA

Advogados do(a) AGRAVANTE: DANIELLE TENORIO TOLEDO CAVALCANTE - AL6033, MARIA FERNANDA QUINTELLA BRANDAO VILELA - AL2679B, THIAGO MOURA DE ALBUQUERQUE ALVES - AL6119

AGRAVADO: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA

Advogado do(a) AGRAVADO: RACHEL TAVARES CAMPOS - SP340350-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Fica a agravada **CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS S.A.** intimada da r. decisão/despacho ID 149766933.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029937-47.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: SERVICIO SOCIAL DA INDUSTRIA - SESI, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILLA DE HELD MENA BARRETO SILVEIRA - SP154087-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILLA DE HELD MENA BARRETO SILVEIRA - SP154087-A

AGRAVADO: RADIAL DISTRIBUICAO LTDA. EM RECUPERACAO JUDICIAL

Advogado do(a) AGRAVADO: LEONARDO DE LIMANAVES - MG91166-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI e OUTRO em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 7ª Vara de São Paulo/SP.

Em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal de 1ª Instância verifica-se que já foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5032419-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: LARISSA NOLASCO & LIGIA NOLASCO SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: LIGIA NOLASCO - MG136345-A

AGRAVADO: LIQUIGAS DISTRIBUIDORA S.A.

Advogado do(a) AGRAVADO: PERSIO THOMAZ FERREIRA ROSA - SP183463-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Fica a agravada **LIQUIGAS DISTRIBUIDORA S.A.** intimada da r. decisão/despacho 149881967.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033626-02.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: LINSTRANS TRANSPORTES LTDA - EPP

Advogados do(a) AGRAVADO: THIAGO JOSE DE SOUZA BONFIM - SP256185-B, NIVALDO FERNANDES GUALDA JUNIOR - SP208908-A

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida pelo r. Juízo *a quo*.

Não identificado *periculum in mora* imediato, intime-se a agravada para contraminuta previamente ao exame de mérito.

Após, vista ao MPF.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004079-17.2020.4.03.6110

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CHEMYUNION LTDA, CHEMYUNION LTDA

Advogados do(a) APELANTE: MARCEL SCOTOLO - SP148698-A, BRUNO EUGENIO DOS SANTOS MARTINS - SP355293-A

Advogados do(a) APELANTE: MARCEL SCOTOLO - SP148698-A, BRUNO EUGENIO DOS SANTOS MARTINS - SP355293-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação à sentença denegatória de mandado de segurança para assegurar o recolhimento de contribuições ao SEBRAE, SESI/SENAI, INCRA e FNDE, com o limite de vinte salários mínimos imposto à base de cálculo na forma do parágrafo único do artigo 4º da Lei 6.950/1981.

Verifica-se que a matéria foi submetida a julgamento sob o rito dos recursos repetitivos (TEMA 1.079/STJ), com delimitação da questão controvertida nos seguintes termos: "Definir se o limite de 20 (vinte) salários mínimos é aplicável à apuração da base de cálculo de "contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros", nos termos do art. 4º da Lei n. 6.950/1981, com as alterações promovidas em seu texto pelos arts. 1º e 3º do Decreto-Lei n. 2.318/1986". A Corte Superior determinou, ainda, a suspensão de processos em todo território nacional, conforme acórdão proferido no ProAfr no RESP 1.898.532, com relatoria da Min. REGINA COSTA, publicado no DJE em 18/12/2020.

Ante o exposto, determino o sobrestamento do presente feito.

Intime-se.

Anote-se no controle de sobrestados.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000675-73.2007.4.03.6118

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: JOSE ROBERTO DOS SANTOS

Advogado do(a) APELADO: RAFAEL DA MOTTA MALIZIA - SP239985

ATO ORDINATÓRIO

Fica(m) a(s) parte(s) ciente(s) da publicação do v.acórdão ID nº 149780677.

São Paulo, **21 de dezembro de 2020.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020555-30.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

Advogado do(a) AGRAVANTE: MAURO CESAR PINOLA - SP178808

AGRAVADO: BC CONTROL AUDITORES INDEPENDENTES S/S.

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020555-30.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

Advogado do(a) AGRAVANTE: MAURO CESAR PINOLA - SP178808

AGRAVADO: BC CONTROL AUDITORES INDEPENDENTES S/S.

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM**, contra a r. decisão proferida nos autos da execução fiscal nº 5008362-32.2018.4.03.6182, movida em face de **BC CONTROLAUDITORES INDEPENDENTES S/S**, em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Federal Especializada em Execuções Fiscais da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, que indeferiu o pedido de realização de pesquisas por meio do INFOJUD.

A parte agravante alega, em síntese, que:

- *“A recusa do Juízo a quo em deferir a medida com a utilização do sistema INFOJUD atenta contra todas as recomendações do Conselho Nacional de Justiça que anualmente fixa metas e lança medidas para modernização do Poder Judiciário (do qual é exemplo o processo eletrônico) de modo a aumentar a eficiência na prestação jurisdicional”;*

- *“a execução se faz no interesse do credor (art. 612 do CPC), de modo que, embora o juízo condutor da execução deva verificar a utilidade das medidas pleiteadas pelo credor, não pode obstar a tentativa de satisfação do crédito, ainda que haja pouca probabilidade de êxito”.*

Requer, portanto, o provimento do agravo de instrumento e a condenação da parte agravada nos ônus da sucumbência.

A parte agravada não foi intimada, devido ao fato de não possuir advogado constituído nos autos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5020555-30.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

Advogado do(a) AGRAVANTE: MAURO CESAR PINOLA - SP178808

AGRAVADO: BC CONTROLAUDITORES INDEPENDENTES S/S.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A decisão combatida nada decidiu a respeito da impossibilidade de emissão de ofícios à Secretaria da Receita Federal com a finalidade de obter informações contidas na DIMOF (declaração de informações sobre movimentações financeiras) e na DECRED (declaração de operações com cartão de crédito) apresentadas pela parte agravada ao órgão fazendário, oportunidade em que o MM. Magistrado se manifestou nos seguintes termos:

A Exequirente requer a quebra de sigilo legal das movimentações financeiras e de cartões de crédito (DIMOF e DECRED) da Executada. Aponta ainda que a Executada possui registro de marca no INPI e requer a expedição de mandado para penhora da marca.

Junta documentos sigilosos e requer a decretação de sigilo no presente processo.

Decido.

Respondendo ao pedido da Exequirente (ID 26880542), a Receita Federal informou que por força de convênio vigente, fornece para a AGU informações sobre bens, direitos, rendas e faturamento, mas não pode fornecer informes sobre movimentação financeira.

A verificação pretendida pela Exequirente é incabível, no caso, pois se trata de simples execução fiscal sem indícios de fraude ou sonegação fiscal criminosa.

No caso, já se decretou a indisponibilidade pelo sistema Bacenjud (fls.15 – ID 21314984), sem notícia positiva.

Defiro a penhora e avaliação da marca da Executada, junto ao INPI, conforme dados indicados na manifestação de fl. 16. Expeça-se o necessário.

Int.

De outro lado, as razões recursais, embora cite em única passagem as declarações tratadas na decisão vergastada, se limitaram a esgrimir os fundamentos aplicáveis a pedido de pesquisa de informações cadastrais e fiscais por meio do sistema INFOJUD, matéria que sequer foi tratada pelo Juízo *a quo*.

Assim, o recurso não pode ser conhecido, por se afastar da realidade dos autos, inexistindo correspondência entre a manifestação judicial atacada e as alegações do agravo, evidenciando-se razões recursais dissociadas do ato judicial impugnado.

De fato, o recurso se distancia do caso, em desrespeito ao princípio da dialeticidade, sendo desse modo flagrantemente inadmissível, uma vez que versa sobre questões sem relação com a manifestação judicial atacada.

Corroborando o entendimento ora esposado, citem-se os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA 182/STJ.

1. O princípio da dialeticidade exige que a interação dos atores processuais se estabeleça mediante diálogo coerente e adequado entre seus interlocutores.
2. Não por outro motivo, os recorrentes devem promover o ataque específico de todos os fundamentos da decisão impugnada, cuja reforma pressupõe a apresentação de razões suficientes para demonstrar o desacerto do entendimento perfilhado pelo julgador. Sem o cumprimento desse ônus processual, o recurso nem sequer terá aptidão para promover a alteração por ele buscada.
3. Nas razões do Agravo previsto no art. 544 do CPC, verifica-se que a parte agravante deixou de impugnar a decisão recorrida, limitando-se a reafirmar os argumentos expostos no Recurso Especial.
4. É inviável o Agravo em Recurso Especial que deixa de atacar, de modo específico, os fundamentos adotados pelo Tribunal a quo para negar trânsito ao apelo especial. Incidência, por analogia, da Súmula 182 do STJ.
5. Agravo Regimental não provido.”

(AgRg nos EDcl no AREsp 635176/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJE DATA:22/05/2015) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ.

I - Razões de agravo regimental que não impugnaram especificamente os fundamentos da decisão agravada, o que, à luz do princípio da dialeticidade, constitui ônus da Agravante.

II - Incidência da Súmula n. 182 do STJ: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”.

III - Agravo regimental não conhecido.”

(AgRg nos EDcl no AREsp 700993/SP, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, STJ - Primeira Turma, DJE DATA:24/11/2016) (grifei)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL VIGENTE À ÉPOCA DO PEDIDO. “TEMPUS REGIT ACTUM”. SUSPENSÃO POR PREJUDICIALIDADE EXTERNA. PEDIDO NÃO ANALISADO. RAZÕES DISSOCIADAS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO. IMPROVIDO NA PARTE CONHECIDA.

[...]

2. A matéria aduzida no recurso passa ao largo da fundamentação contida na r. decisão agravada, eis que as razões recursais se sustentam exclusivamente na possibilidade de suspensão do executivo fiscal em razão da aventada prejudicialidade externa com a demanda anulatória de débito fiscal enquanto o decisum impugnado limitou-se a analisar a impossibilidade de conexão dos feitos por estar-se diante de competência material absoluta.
3. Em que pese o d. magistrado, ao final, ter determinado o prosseguimento da execução fiscal, entendo que a matéria relativa à suspensão do feito executivo não foi objeto de análise na decisão agravada, tendo, inclusive, resguardada a questão para possível enfrentamento no bojo da própria execução fiscal.
4. Ao se distanciar da decisão agravada e deixar de impugnar as razões lá expostas, o recurso apresentado não preenche um de seus requisitos de admissibilidade, qual seja, a regularidade formal, porquanto não apresenta os fundamentos de direito pelo qual pretende a reforma da r. decisão.
5. No caso dos autos, os fundamentos apresentados não guardam relação de pertinência temática com o provimento jurisdicional deferido. Não se vê daí qualquer exposição de razões e motivos, fáticos ou jurídicos, para se alterar a decisão proferida. Dissociadas da decisão impugnada as razões do agravo de instrumento, o recurso não deve ser conhecido neste particular: Precedentes (STJ, AgInt no AREsp 886.120/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJE 23/03/2018; (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 592377 - 0021853-84.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 15/03/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/03/2017; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 569672 - 0024545-90.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 03/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016.
6. Agravo de instrumento conhecido em parte. Improvido na parte conhecida.”

(AI 5006339-42.2018.4.03.0000, Relatora Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 21/08/2018) (grifei)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

6. Conforme se verifica, não houve impugnação específica do fundamento da decisão agravada pela recorrente, que tratou da situação como se houvesse indeferimento da produção de provas pela ausência de especificação das modalidades a serem adotadas, o que não corresponde, porém, à realidade do caso concreto.
7. Assim, deduzidas razões dissociadas da decisão recorrida não pode o recurso ser admitido a exame, a teor da consolidada jurisprudência.
8. Agravo inominado desprovido.”

(AI 0006406-90.2015.4.03.0000, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015) (grifei)

Além disso, lembre-se que os recursos são instrumentos destinados à revisão dos julgados proferidos pelas instâncias inferiores. No caso, o ato judicial impugnado nada decidiu a respeito do cabimento de pesquisa por meio do sistema INFOJUD e de fixação de verba honorária, o que inviabiliza o exame das questões nesta Corte, sem importar supressão de instância ou ofensa ao princípio do juiz natural.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DO ATO JUDICIAL IMPUGNADO. VIOLAÇÃO DA DIALETICIDADE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Por desrespeitar o princípio da dialeticidade, inclusive por lançar mão de argumentos sem correspondência com aqueles da manifestação judicial atacada, não se pode conhecer do agravo de instrumento.
2. A decisão combatida nada decidiu a respeito acerca da impossibilidade de emissão de ofícios à Secretaria da Receita Federal com a finalidade de obter informações contidas na DIMOF (declaração de informações sobre movimentações financeiras) e na DECREED (declaração de operações com cartão de crédito) apresentadas pela parte agravada ao órgão fazendário. De outro lado, as razões recursais, embora cite em única passagem as declarações tratadas na decisão vergastada, se limitaram a esgrimir os fundamentos aplicáveis a pedido de pesquisa de informações cadastrais e fiscais por meio do sistema INFOJUD, matéria que sequer foi tratada pelo Juízo *a quo*.
3. Lembre-se que os recursos são instrumentos destinados à revisão dos julgados proferidos pelas instâncias inferiores. No caso, o ato judicial impugnado nada decidiu a respeito do cabimento da verba honorária, que pudesse viabilizar o exame da questão nesta Corte, sem importar supressão de instância ou ofensa ao princípio do juiz natural.
4. Agravo não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NÃO CONHECEU** do agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017875-77.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: MAXION COMPONENTES ESTRUTURAIS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIA HELENA TAVARES DE PINHO TINOCO SOARES - SP112499-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017875-77.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: MAXION COMPONENTES ESTRUTURAIS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIA HELENA TAVARES DE PINHO TINOCO SOARES - SP112499-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **UNIÃO**, inconformada com a decisão proferida nos autos de tutela cautelar antecedente convertida em ação anulatória nº 5000719-46.2017.4.03.6121, ajuizada por **MAXION COMPONENTES ESTRUTURAIS LTDA**, em trâmite perante o Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Guaratinguetá/SP, no âmbito da qual deferido pedido de tutela de urgência para obstar a União de inscrever o nome da recorrida no CADIN e determinar a emissão de Certidão Positiva com efeitos de negativa de débitos tributários.

Alega a agravante, em síntese, que, é descabida a proibição de inserir o nome da agravada no CADIN e de realizar o protesto da CDA, tendo em vista que o próprio magistrado entende que o crédito tributário é exigível, e o óbice criado pelo MM. Magistrado de primeira instância com a decisão agravada restringe a adoção de medidas voltadas à cobrança do crédito inadimplido.

Intimada, a parte agravada apresentou resposta, e pugnou pelo desprovisionamento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5017875-77.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: MAXION COMPONENTES ESTRUTURAIS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIA HELENA TAVARES DE PINHO TINOCO SOARES - SP112499-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A controvérsia refere-se à possibilidade de obstar a inscrição do nome do devedor no CADIN, o protesto de certidão de dívida ativa e de determinar a emissão de certidão positiva com efeitos de negativa mediante a caução do crédito tributário em tutela cautelar antecedente de urgência por meio do oferecimento de seguro garantia.

Recorrendo-se à jurisprudência, vê-se que é possível receber o depósito do montante integral como antecipação de garantia à execução fiscal, a fim de que se obtenha seus efeitos, notadamente para fins de expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, como firmado no REsp nº , julgado pelo rito do art. 543-C, do CPC de 1973, cuja ementa destaca:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

*1. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa. (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1057365/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 02/09/2009; EDcl nos EREsp 710.153/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009; REsp 1075360/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009; AgRg no REsp 898.412/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 13/02/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 11/02/2009; REsp 746.789/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 24/11/2008; EREsp 574107/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA DJ 07.05.2007) 2. Dispõe o artigo 206 do CTN que: "tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa." **A caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo.***

3. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, através de caução de eficácia semelhante. A percorrer-se entendimento diverso, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda.

4. Deveras, não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Raciocínio inverso implicaria em que o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente.

5. Mutatis mutandis o mecanismo assemelha-se ao previsto no revogado art. 570 do CPC, por força do qual era lícito ao devedor iniciar a execução. Isso porque as obrigações, como vínculos pessoais, nascem para serem extintas pelo cumprimento, diferentemente dos direitos reais que visam à perpetuação da situação jurídica nele edificadas.

6. Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida, pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão.

7. In casu, verifica-se que a cautelar restou extinta sem resolução de mérito, impedindo a expedição do documento de regularidade fiscal, não por haver controvérsia relativa à possibilidade de garantia do juízo de forma antecipada, mas em virtude da insuficiência dos bens oferecidos em caução, consoante dessume-se da seguinte passagem do voto condutor do aresto recorrido, in verbis: "No caso dos autos, por intermédio da análise dos documentos acostados, depreende-se que os débitos a impedir a certidão de regularidade fiscal perfazem um montante de R\$ 51.802,64, sendo ofertados em garantia pela autora chapas de MDF adquiridas para revenda, às quais atribuiu o valor de R\$ 72.893,00. Todavia, muito embora as alegações da parte autora sejam no sentido de que o valor do bem oferecido é superior ao crédito tributário, entendo que o bem oferecido como caução carece da idoneidade necessária para aceitação como garantia, uma vez que se trata de bem de difícil alienação.

8. Destarte, para infirmar os fundamentos do aresto recorrido, é imprescindível o revolvimento de matéria fático-probatória, o que resta defeso a esta Corte Superior, em face do óbice erigido pela Súmula 07 do STJ.

9. Por idêntico fundamento, resta inteditada, a este Tribunal Superior, a análise da questão de ordem suscitada pela recorrente, consoante infere-se do voto condutor do acórdão recorrido, litteris: "Prefacialmente, não merece prosperar a alegação da apelante de que é nula a sentença, porquanto não foi observada a relação de dependência com o processo de nº 2007.71.00.007754-8. Sem razão a autora. Os objetos da ação cautelar e da ação ordinária em questão são diferentes. Na ação cautelar a demanda limita-se à possibilidade ou não de oferecer bens em caução de dívida tributária para fins de obtenção de CND, não se adentrando a discussão do débito em si, já que tal desbordaria dos limites do procedimento cautelar. Ademais, há que se observar que a sentença corretamente julgou extinto o presente feito, sem julgamento de mérito, em relação ao pedido que ultrapassou os limites objetivos de conhecimento da causa próprios do procedimento cautelar." 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1123669/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, entendendo pela possibilidade de caução empedido de tutela antecipada antecedente. Senão, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO OFERECIDA PARA GARANTIA DO DÉBITO E OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITO DE NEGATIVA. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RESP 1.123.669/RS, SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. Cuida-se de inconformismo com acórdão do Tribunal de origem que entendeu que a recorrente deveria, após o acolhimento do pedido em primeira instância, ter aditado a petição inicial, com a complementação de sua argumentação e demais pedidos, e dessa forma extinguiu o feito sem resolução do mérito, afastando a aplicação do entendimento dos Recursos Especiais repetitivos 1.156.668 e 1.123.669 ao caso presente, dizendo que são incompatíveis com a atual redação do CPC de 2015.

2. A questão central em exame cinge-se à possibilidade de oferecimento de garantia, em Ação Cautelar, cujo respectivo executivo fiscal ainda não foi ajuizado, visando à obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa. 3. A Corte a quo entendeu que a invocação do precedente do STJ de nº REsp 1.156.668 e também do REsp nº 1.123.669 não pode ser aceita. Isto porque tais precedentes são antigos, muito anteriores ao atual CPC, tendo sido proferidos sob a égide do CPC de 1973. Deste modo, tratam-se de precedentes em desacordo com a atual regulamentação do CPC de 2015 e anteriores a edição do atual art. 927, não tendo caráter vinculante.

4. Entretanto, o STJ já se manifestou a respeito após a edição do CPC/2015. Consoante o STJ, quando do julgamento do REsp 1.123.669/RS (Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 1/2/2010), submetido à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973), reconheceu-se a possibilidade de o contribuinte oferecer caução, mediante Ação Cautelar, antes da propositura da execução fiscal, sendo tal garantia equiparável à penhora antecipada e viabilizadora da certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo (AgInt no AREsp 1.365.883/MS, Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/2/2019).

5. Entender que a antecipada garantia do débito, por meio de caução oferecida em Ação Cautelar, e que os efeitos da autorização da expedição de certidão positiva com efeito de negativa perduraram somente até o ajuizamento do processo executivo, implica minimizar o alcance da orientação firmada pelo STJ.

6. Acrescente-se que a sentença julgou procedente o pedido formulado na Inicial, confirmando a liminar concedida e apontando que a requerente ofereceu seguro-garantia a fim de que fosse expedida a certidão positiva com efeitos de negativa, e que portanto, deve ser considerado que a requerente garantiu judicialmente o pagamento do débito para o fim de obter a almejada certidão.

7. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 1.824.839/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/10/2019)

Ademais, encontrando-se o crédito tributário devidamente garantido, e apresentada emenda à inicial com o intuito de discutir o crédito tributário, a alegação da União de que não se aplicaria ao caso o art. 7º da Lei nº 10.522/2002 perde o sentido.

Destarte, a pretensão recursal não pode ser acolhida.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. INSCRIÇÃO EM CADIN. PROTESTO DE CDA. CAUÇÃO ANTECIPADA PELO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. A controvérsia refere-se à possibilidade de obstar a inscrição do nome do devedor no CADIN, o protesto de certidão de dívida ativa e de determinar a emissão de certidão positiva com efeitos de negativa mediante a caução do crédito tributário em tutela cautelar antecedente de urgência por meio do oferecimento de seguro garantia.

2. Recorrendo-se à jurisprudência, vê-se que é possível receber o depósito do montante integral como antecipação de garantia à execução fiscal, a fim de que se obtenha seus efeitos, notadamente para fins de expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, como firmado no REsp nº , julgado pelo rito do art. 543-C, do CPC de 1973

3. Sem cabimento a alegação de que o art. 7º da Lei nº 10.522/2002 não se aplicaria ao caso, haja vista que o crédito tributário encontra-se devidamente garantido, e foi apresentada emenda à inicial com o intuito de discuti-lo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001925-23.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: GSP URBANIZACAO E ENGENHARIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO PELEGRINI BARBOSA - SP199877-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001925-23.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: GSP URBANIZACAO E ENGENHARIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO PELEGRINI BARBOSA - SP199877-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **GSP URBANIZAÇÃO E ENGENHARIA LTDA**, inconformada com a decisão proferida nos autos de embargos à execução fiscal nº 5000637-32.2019.4.03.6125, em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ourinhos/SP.

O MM. Magistrado de primeiro grau entendeu pela ausência de probabilidade do direito alegado e de risco de dano de difícil ou incerta reparação, o que tornaria inviável o recebimento dos embargos à execução fiscal com efeito suspensivo à execução fiscal.

Alega a agravante, em síntese, que:

- a) a execução fiscal encontra-se inteiramente garantida, por meio de penhora de bem imóvel;
- b) estariam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, especialmente em razão da possibilidade de liquidação da garantia ofertada na execução fiscal.

A parte contrária apresentou contrarrazões, em que pugnou pelo desprovemento do recurso (ID 127345512).

É o relatório.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O atual Código de Processo Civil, em seu artigo 919, § 1º, manteve a sistemática do diploma anterior (artigo 739-A, § 1º), de modo que o regime para atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução é *ope judicis* (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 18. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. p. 1600-1602).

Nesse quadro, impõe-se a manutenção do entendimento pacífico da jurisprudência quanto à aplicação do regramento do diploma processual a respeito dessa matéria nas execuções fiscais, o que foi firmado inclusive na sistemática dos recursos repetitivos:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DO ART. 739-A, § 1º, DO CPC. RESP 1.272.827/PE, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C, CPC. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO EFEITO SUSPENSIVO PRETENDIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ, consolidada no julgamento do Recurso Especial 1.272.827/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que o art. 739-A do CPC aplica-se às execuções fiscais e a atribuição de efeito suspensivo aos Embargos do Devedor está condicionada ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia da execução; verificação, pelo juiz, da relevância da fundamentação (fumus boni iuris) e da ocorrência de grave dano de difícil ou incerta reparação que o prosseguimento da execução possa causar ao executado (periculum in mora).

2. No caso, o Tribunal de origem indeferiu a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, por concluir pela inexistência desses requisitos. Nesse contexto, rever a posição do órgão julgador a quo implica, necessariamente, reexame do quadro fático-probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de recurso especial, pela Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1351772/RS, Relator Min. Benedito Gonçalves, STJ - 1ª Turma, DJe de 22.10.2014) (grifei)

Na hipótese dos autos, embora a demanda executiva esteja garantida por meio de bem imóvel, não estão presentes os demais requisitos necessários para a atribuição do efeito suspensivo pleiteado.

Primeiramente, não há elementos a evidenciar, de plano, a probabilidade do direito, haja vista que menciona supostas nulidades, sem sequer indicar quais vícios ensejariam as graves sanções.

Tampouco concorre, em princípio, a prova de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, pois a fase atual da execução fiscal não é compatível com qualquer perspectiva de imediata liquidação da garantia nela prestada.

A propósito, confirmam-se:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO.

1. A jurisprudência é pacífica quanto à aplicação do artigo 739-A do antigo Código de Processo Civil (atual 919, §1º, do novo CPC) às execuções fiscais, justamente por faltar norma específica quanto ao assunto na LEF.

2. Assim, a suspensão da execução quando da oposição de embargos depende da demonstração dos requisitos para a concessão da tutela provisória, além de prestação de garantia suficiente à satisfação da dívida.

3. No caso, embora a execução esteja devidamente garantida, certo é que não se encontram presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória, seja por urgência, seja por evidência.

4. A petição inicial dos embargos e mesmo as razões do presente recurso não trazem nenhum elemento concreto a demonstrar a urgência a ponto de se necessitar da tutela antecipadamente, não sendo razoável para tanto meras alegações de que o prosseguimento da execução fiscal pode atrapalhar as atividades da empresa.

5. Ademais, a princípio, não há evidência no direito alegado em sede de embargos.

6. Agravo desprovido."

(AI 0021017-14.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/08/2017) (grifei)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RECEBIMENTO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL SEM EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência consagrada do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que as execuções fiscais se sujeitam ao artigo 739-A do Código de Processo Civil, e que a atribuição de efeito suspensivo sobre o executivo fiscal somente é possível em situações excepcionais, não bastando apenas, como antes, a propositura dos embargos com a garantia do Juízo, mas a relevância de seus fundamentos e o risco de dano irreparável.

2. Caso em que, ainda que garantida a execução fiscal, deve-se observar outros requisitos para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor, quais sejam, a relevância dos fundamentos dos embargos do devedor e o risco de grave dano de difícil ou incerta reparação, o que não se verifica no caso concreto.

3. A propósito, basta considerar que a discussão veiculada nos embargos do devedor diz respeito à inexistência de co-responsabilidade da ora agravante, em razão da apuração de grupo econômico, em especial pela suposta falta de prova do vínculo entre as partes quanto à realização dos fatos geradores executados ou descumprimento da legislação tributária, sendo que, a título de prova acerca da relevância jurídica da argumentação, nada foi juntado aos autos, corroborando a convicção de que se trata de matéria fático-probatória permeada de controvérsia, a exigir dilação probatória, não podendo ser reputada provada, desde logo, a versão da embargante e agravante, para conferir efeito suspensivo aos embargos do devedor em caráter excepcional, como exigido pela legislação e jurisprudência.

4. Agravo inominado desprovido.”

(AI 0013006-30.2015.4.03.0000, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/09/2015) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NÃO PREENCHIDOS TODOS OS REQUISITOS DO ARTIGO 739-A, §1º, DO CPC/73 - VIGENTE À ÉPOCA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O artigo 739-A do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigo 919 do CPC/2015) estabelece que os embargos do devedor não terão efeito suspensivo.

2. A suspensão da execução fiscal em razão da oposição de embargos está condicionada ao atendimento concomitante das circunstâncias previstas § 1º do artigo 739-A do CPC/73, vigente à época da oposição dos embargos.

3. No caso dos autos, não restou evidenciada a relevância nos fundamentos invocados. Ademais, não é possível no atual momento processual incursionar acerca dos argumentos expendidos pela empresa executada, já que esta discussão é própria do mérito dos embargos à execução fiscal e sua análise depende de dilação probatória.

4. Assim, não há porque paralisar o curso da ação executiva uma vez que não foram preenchidos todos os requisitos do § 1º do art. 739-A do CPC/73, para fins de atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução.

5. Agravo interno não provido.”

(AI 0014435-95.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal JOHNSOMDI SALVO, TRF3 - Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2017) (grifei)

Ademais, diante de uma possível futura designação de hasta pública haverá a possibilidade de se combater tal determinação através do competente recurso.

Desse modo, por não restarem preenchidos os requisitos legais, inviável o deferimento da tutela pretendida para o fim de excepcionar a aplicação do artigo 919, *caput*, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 919, § 1º, DO CPC. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CUMULATIVOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Especial nº 1.272.827/PE, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, pacificou entendimento no sentido de que se aplica o regramento do diploma de direito adjetivo às execuções fiscais.

2. No presente caso, embora a demanda executiva esteja garantida por penhora de bem imóvel, não estão preenchidos os demais requisitos exigidos pelo § 1º do artigo 919 do Código de Processo Civil, para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

3. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029335-56.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICADA4 REGIAO

AGRAVADO: WILSON OLIVEIRARICA JUNIOR

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029335-56.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

AGRAVADO: WILSON OLIVEIRA RICA JUNIOR

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A **senhora Juíza Federal convocada Denise Avelar (relatora)**: Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região** contra a r. decisão de ID 39073308 exarada nos autos da execução fiscal nº 5013684-62.2020.4.03.6182, movida em face de **Wilson Oliveira Rica Júnior**, e em trâmite perante o Juízo da 5ª Vara de Execuções Fiscais Federal de São Paulo/SP, no âmbito da qual indeferido o pedido de constrição pelo sistema BACENJUD.

Em síntese, o agravante alega que o artigo 11 da Lei nº 6.830/80 elenca a ordem de preferência para penhora ou arresto de bens do devedor, dispondo, em seu inciso I, sobre a possibilidade de penhora de dinheiro em espécie, em papel-moeda, depositado em conta corrente de instituições financeiras ou aplicado em renda fixa.

Ressalta a importância da utilização do BACENJUD para a satisfação do débito ajuizado, por se tratar de medida que, além de buscar o patrimônio mais líquido do devedor (dinheiro), também possui o condão de alertar o executado da existência da ação executiva, viabilizando a realização de acordos para resolução da demanda.

Argumenta que, embora a penhora possa recair sobre valor impenhorável, tal alegação deve ser, primeiramente, arguida pela parte interessada, não podendo o exequente ser privado das tentativas de busca de bens para a satisfação do crédito, pois tal conduta conflita com as normas jurídicas vigentes, bem assim com o entendimento jurisprudencial deste E. Tribunal.

Por fim, sustenta que a decisão agravada ofende o princípio da legalidade, vez que pretende afastar dispositivos legais específicos aplicáveis à execução fiscal em razão de mero critério de conveniência do Juízo, assim como o princípio da eficiência, na medida em que causa embaraços ao desenvolvimento ordinário da execução fiscal, considerando o rito imposto pela lei.

A parte agravada não foi intimada, haja vista que não possui advogado constituído nos autos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029335-56.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

AGRAVADO: WILSON OLIVEIRA RICA JUNIOR

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A **senhora Juíza Federal convocada Denise Avelar (relatora)**: Com o advento da Lei nº 11.382/2006, que alterou o Código de Processo Civil de 1973, e da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o atual Código de Processo Civil, restou superado o entendimento de que seria excepcional e extraordinária a penhora de dinheiro depositado em instituição financeira.

Deveras, resulta do sistema processual que a penhora em dinheiro é opção preferencial, cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade ou pedir a substituição por outro bem cuja constrição seja-lhe menos onerosa e igualmente capaz de garantir a execução (Código de Processo Civil de 2015: artigos 835, inciso I e § 1º, 854, § 2º, e 847).

Nesse sentido, veja-se:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CREA. ADESÃO AO PARCELAMENTO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.

1. Conforme assente na jurisprudência, cabe extinção de embargos à execução fiscal, por falta de interesse de agir, quando o devedor adere ao parcelamento da dívida executada, o que não prejudica, no entanto, o exame de questões de ordem pública.

2. A citação por edital foi regular, na medida em que precedida por certidão, de oficial de Justiça, no sentido de que o citando não foi localizado, apesar dos esforços realizados, não elidindo, de sua vez, a validade do ato a comprovação de parcelamento, rescindido por descumprimento.

3. Não houve violação do artigo 8º da Lei 12.514/2011, vez que tal preceito não se aplica às execuções fiscais ajuizadas anteriormente à respectiva vigência, como é o caso.

4. Quanto à prescrição, a informação de parcelamento afeta o curso da prescrição, na medida em que não corre o lapso da prescrição enquanto vigente o acordo. Ao devedor incumbia demonstrar não ter havido ato interruptivo ou impeditivo da prescrição, para além de simplesmente alegar o decurso do prazo sem impugnar ou tratar da informação de parcelamento.

5. Acerca da decadência, não existem elementos de comprovação, vez que, referindo-se a anuidades ao período de 2004 e 2005, houve procedimento administrativo em 2008, que gerou a inscrição ainda em tempo, sem qualquer prova da falta de notificação do contribuinte para o pagamento, à luz da jurisprudência consolidada.

6. Finalmente, com relação à impenhorabilidade, não existe prova nos autos de que se trate de verba alimentar, configurando ônus do executado a demonstração do fato impeditivo ou modificativo do direito do exequente.

7. Apelação desprovida.”

(AP 0001436-28.2016.4.03.6106, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2017) (grifei)

Em outras palavras, é da lei que, atualmente, primeiro se faz a penhora online e, posteriormente, e ainda assim conforme o caso, ela pode ser levantada ou substituída.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada em julgamento na sistemática dos recursos repetitivos: REsp 1184765/PA, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/12/2010.

Assim, ao impedir a constrição pelo sistema BACENJUD por risco de atingimento de bens impenhoráveis, como o fez na decisão agravada, o MM. Magistrado de primeiro grau destoou do precedente acima mencionado, e efetua imposição de requisito sem previsão legal, além de menosprezar a preferência do dinheiro para garantia da execução fiscal.

Como se sabe, não podem ser tolhidos os mecanismos legais disponíveis à exequente para satisfação do seu crédito, sob pena de ilegal constrangimento ao prosseguimento da execução. Desse modo, a vedação imposta não pode subsistir.

Além disso, a impenhorabilidade dos ativos financeiros, se encontrados e constritos, deve ser demonstrada pelo executado, sendo ônus desse a comprovação de causa impeditiva do direito do credor. Não se pode olvidar que, embora o montante cobrado seja inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, há possibilidade de o devedor possuir ativos em quantia superior à fixada em lei como protegida pela regra da impenhorabilidade, e o excedente é passível de penhora.

Insta ressaltar que a utilização dos sistemas INFOJUD, BACENJUD e RENAJUD, para localização do devedor e seus bens e determinação de constrição eletrônica de bens e ativos financeiros, é de grande valia, haja vista que as pesquisas são realizadas de forma célere, sendo possível a comunicação imediata de ordens judiciais, resultando em melhor prestação jurisdicional e real salvaguarda do direito do credor a receber o que lhe é devido, sendo recomendada pelo CNJ, em sua resolução nº 51.

Destaque-se, outrossim, que a jurisprudência atual não requer o esgotamento de outras diligências para que sejam usados os sistemas a disposição do Juízo com o intuito de localizar o executado e seus bens. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONSULTA AO SISTEMA INFOJUD. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS A FIM DE LOCALIZAR BENS DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 535, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

2. A instância de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não emitiu juízo de valor sobre o art. 620 do CPC/1973 (princípio da menor onerosidade) e 185-A do CTN (cabimento da indisponibilidade dos bens).

3. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. O acórdão recorrido consignou: “A questão centra-se na insatisfação das agravantes ante a decisão monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento, mantendo a decisão agravada que deferiu a penhora “online” pelo sistema BACEN-JUD. (...) Quanto ao bloqueio dos depósitos bancários, não restou comprovado a natureza salarial dos valores bloqueados, sendo certo que a matéria não comporta mais discussão, pois em Recurso Repetitivo (STJ REsp 1, 112.943-MA, Rei, Min. Nancy Andrighi, ocorrido em 15/09/2010), ficou sedimentado o entendimento da possibilidade da penhora “online” pelo sistema BACENJUD, sem a necessidade prévio exaurimento na busca de outros bens do executado, colacionando para tanto, julgados que perfilham este entendimento.” (fl. 614, e-STJ)

5. O Tribunal a quo está em consonância com o Superior Tribunal de Justiça que em precedente submetido ao rito do art. 543-C firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on-line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal. (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017).

6. Recurso Especial não conhecido.”

(REsp 1724422/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 22/05/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMAS BACEN-JUD, RENAJUD OU INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização dos sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD não estaria condicionada ao esgotamento de diligências.

2. Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

3. Recurso especial a que se dá provimento.”

(REsp 1703669/RJ, Relator Ministro OG FERNANDES, STJ - Segunda Turma, DJe 26/02/2018) (grifei)

Logo, não pode permanecer a decisão agravada, devendo ser permitido o bloqueio de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ANUIDADES. CONSTRICÇÃO PELO SISTEMA BACENJUD. PEQUENO VALOR. POSSIBILIDADE. ÔNUS DO DEVEDOR DEMONSTRAR A IMPENHORABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A penhora em dinheiro é opção preferencial, cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade ou pedir a substituição por outro bem cuja constrição seja-lhe menos onerosa e igualmente capaz de garantir a execução (Código de Processo Civil de 2015: artigos 835, inciso I e § 1º, 854, § 2º, e 847).

2. Embora o montante cobrado seja inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, há possibilidade de o devedor possuir ativos em quantia superior à fixada em lei como protegida pela regra da impenhorabilidade, e o excedente é passível de penhora.

3. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012976-72.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ALUMINI ENGENHARIA S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL

Advogado do(a) APELADO: PAULO GUILHERME DE MENDONCA LOPES - SP98709-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012976-72.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ALUMINI ENGENHARIA S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL

Advogado do(a) APELADO: PAULO GUILHERME DE MENDONCA LOPES - SP98709-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de incidente de retratação em embargos de declaração opostos pela União Federal, contra acórdão que negou provimento à remessa oficial e à apelação anteriormente interposta pelo ente público, mantendo a sentença recorrida, inclusive no tocante à fixação de verba honorária.

Ocorre que, no julgamento do recurso especial interposto pela embargante, o C. Superior Tribunal de Justiça determinou o retorno dos autos à esta Turma Julgadora, por violação ao art. 535 do antigo Código de Processo Civil, impondo-se nova apreciação dos embargos de declaração.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012976-72.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ALUMINI ENGENHARIA S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Advogado do(a) APELADO: PAULO GUILHERME DE MENDONCA LOPES - SP98709-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A ementa do v. acórdão embargado tem o seguinte teor:

TRIBUTÁRIO. IOF. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. CARACTERIZAÇÃO. PAGAMENTO DO TRIBUTO E APRESENTAÇÃO DE DCTF RETIFICADORA. ART. 138 DO CTN. PRECEDENTES.

1. Contatada, a partir de verificação contábil, a existência de débito, se o contribuinte o denuncia espontaneamente e procede à quitação, entregando, inclusive a DCTF retificadora, antes de qualquer procedimento por parte da autoridade fiscal, resta caracterizada a denúncia espontânea prevista no artigo 138 do CTN, a afastar a imposição de multa moratória.

2. O E. Superior Tribunal de Justiça pacificou orientação, em sede de recursos repetitivos, na forma do art. 543-C, do CPC (REsps n. 1.149.022, 962.379 e 886.462), no sentido de que "a denúncia espontânea não resta caracterizada, com a consequente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco". Por outro lado, "a denúncia espontânea resta configurada na hipótese em que o contribuinte, após efetuar a declaração parcial do débito tributário (sujeito a lançamento por homologação) acompanhado do respectivo pagamento integral, retifica (antes de qualquer procedimento da Administração Tributária), noticiando a existência de diferença a maior, cuja quitação se dá concomitantemente".

3. Apelação e remessa oficial improvidas.

Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

Com efeito, considera-se omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento, ou ainda que incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º, a saber:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

Nesse sentido, colaciono abaixo precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO JULGADO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.

2. É desnecessária a manifestação expressa do julgador acerca dos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, para fins de prequestionamento da matéria.

3. Ainda que os embargos tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o conhecimento do recurso, que se verifique a existência de quaisquer dos vícios descritos no art. 535 do Código de Processo Civil.

4. Embargos rejeitados.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0017356-61.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 03/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016)

No caso dos autos, verifica-se que a sentença recorrida foi proferida sob a égide do antigo Código de Processo Civil, devendo, portanto, o arbitramento da verba honorária orientar-se pelas normas nele previstas.

Isto posto, a União Federal sustenta que o valor da causa atualizado, quando da interposição deste recurso, em out/2013, era de aproximadamente R\$ 841.125,24, de modo que os honorários sucumbenciais, fixados em primeira instância, em 10% sobre tal montante, configurariam valores exorbitantes.

Pois bem, considerando-se que o antigo Código de Processo Civil previu expressamente, em seu art. 20, §4º, o cabimento de honorários advocatícios estabelecidos por apreciação equitativa nas causas em que a Fazenda Pública restasse sucumbente, é caso de novo arbitramento.

Tendo em vista a falta de complexidade da questão posta nos autos em razão do entendimento jurisprudencial pacífico a este respeito (afastamento de multa moratória em face de denúncia espontânea), e a necessidade de não se onerar excessivamente os cofres públicos, reputa-se razoável a fixação de honorários advocatícios em R\$ 40.000,00, em desfavor da União Federal.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para adequar a verba honorária.

E M E N T A

PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RETRATAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, §4º, DO CPC/73. FAZENDA PÚBLICA SUCUMBENTE. FIXAÇÃO POR APRECIÇÃO EQUITATIVA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS MODIFICATIVOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.
2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.
3. No caso dos autos, verifica-se que a sentença recorrida foi proferida sob a égide do antigo Código de Processo Civil, devendo, portanto, o arbitramento da verba honorária orientar-se pelas normas nele previstas.
4. Considerando-se que o antigo Código de Processo Civil previu expressamente, em seu art. 20, §4º, o cabimento de honorários advocatícios estabelecidos por apreciação equitativa nas causas em que a Fazenda Pública restasse sucumbente, é caso de novo arbitramento.
5. Tendo em vista a falta de complexidade da questão posta nos autos em razão do entendimento jurisprudencial pacífico a este respeito (afastamento de multa moratória em face de denúncia espontânea), e a necessidade de não se onerar excessivamente os cofres públicos, reputa-se razoável a fixação de honorários advocatícios em R\$ 40.000,00, em desfavor da União Federal.
6. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para adequar a verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0019496-43.2011.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: UNISYS INFORMATICA LTDA

Advogados do(a) APELADO: LEANDRO FIGUEIREDO SILVA - SP265367-A, JULIANA BURKHART RIVERO - SP173205-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0019496-43.2011.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: UNISYS INFORMATICA LTDA

Advogados do(a) APELADO: LEANDRO FIGUEIREDO SILVA - SP265367-A, JULIANA BURKHART RIVERO - SP173205-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União (Fazenda Nacional) em face da sentença de fls. 1.126/1.131 que julgou procedente a ação ordinária ajuizada pela *Unisys Informática Ltda.*, anulando os débitos indicados nos processos administrativos 10800.900402/2010-81 (atual 10880.902813/2010-10, sobre CSLL do ano-base de 2000), 10800.900403/2010-26 (atual 10880.902813/2010-10, sobre CSLL do ano-base de 2001), 10880.686349/2009-67 (atual 10880.657394/2009-11, sobre IRPJ do ano-base de 2001) e 10800.900404/2010-71 (atual 10880.10880.905377/2010-22), sobre IRPJ do ano-base de 2004), com as consequentes homologações das respectivas DCOMPs e extinções dos débitos tributários. A União foi condenada em honorários advocatícios fixados em R\$ 30.000,00. A decisão não foi submetida ao reexame necessário tendo em vista o art. 496, 3º, I, do Código de Processo Civil, pois a lide efetiva se resumiu a omissão de providências por parte da Administração Pública, e o montante controverso após a perícia não ostentou o limite mínimo legal.

Aduz a União, em síntese, que a parte autora admite que a não homologação de seu pedido de compensação decorreu de sua culpa exclusiva, posto que efetuou com créditos não comprovados e cometeu erros de preenchimento. Relata que parte dos créditos é insuficiente para quitar os débitos informados nas declarações nos termos da legislação vigente à época das declarações (arts. 26 e 28 da IN/SRF 460/2004). Requer a reforma da decisão, julgando improcedente o pleito autoral.

Com contrarrazões (id 79851195) os autos subiram a esta e. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019496-43.2011.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: UNISYS INFORMATICA LTDA

Advogados do(a) APELADO: LEANDRO FIGUEIREDO SILVA - SP265367-A, JULIANA BURKHART RIVERO - SP173205-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se, na origem, de ação anulatória visando o reconhecimento judicial da improcedência de despachos decisórios proferidos nos Processos Administrativos nº 10880.900402/2010-81, 10880.900403/2010-26, 10880.686349/2009-67 e 10880.900404/2010-71 que não reconheceram os Saldos Negativos de CSLL (anos calendários 2000 e 2001) e IRPJ (anos calendários 2001 e 2004) indicados pelo contribuinte.

Consta nos autos que o contribuinte optou pela sistemática do Lucro Real Anual e recolhe os tributos por estimativa. Nos anos-calendário de 2000, 2001 e 2004 foram apurados saldos negativos de IRPJ e de CSLL, que foram compensados em PER/DCOMP. Ocorre que Fisco indeferiu parte das compensações e instaurou quatro Processos Administrativos para a cobrança da diferença por insuficiência de créditos a compensar e por divergência no crédito de imposto de renda do ano-calendário 2004.

No curso da ação, a Receita Federal procedeu à revisão de ofício dos Processos Administrativos nºs 10880.900403/2010-26 e 10880.900402/2010-81 (fls. 594/609, 741/974, 750/762 e 765/772) acarretando na redução dos valores exigidos.

Deferida a prova pericial (fls. 420 e 477), a perícia judicial concluiu que, efetivamente, os créditos eram suficientes para a liquidação dos débitos apurados, que o contribuinte errou no preenchimento da PER/DCOMP e que o fato de o autor não ter retificado suas DCTFs optando por apenas enviar a PER/DCOMP (fls. 908/927 e 986/990) não provocou prejuízo material ao erário.

Os cálculos elaborados pelo *expert* gozam de presunção de legitimidade, porque equidistante dos interesses das partes, tendo assim condições de apresentar um trabalho, além de técnico, imparcial, merecendo a confiança do juízo, mormente quando a apelante não demonstra efetivamente os supostos problemas operacionais enfrentados e incongruências apontados no seu recurso.

A Receita Federal promoveu o processamento da compensação, contudo, manteve os valores relativos à multa e juros por entender que as compensações deveriam, na época, ter sido informadas em DCTFs, o que não ocorreu. Nesse cenário, o crédito apurado não teria sido suficiente para a quitação de todos os débitos.

A Administração Pública, no seu dever de zelar pelo correto pagamento de tributos, deve constantemente observar os princípios da verdade material e do dever de investigar, para fins de encontrar a verdadeira hipótese de incidência tributária, sob pena de sua cobrança acarretar em enriquecimento sem causa do ente público frente à situação fática.

Constata-se que a análise da autoridade fiscal limitou-se às informações prestadas na PER/DCOMP. Ocorre que o contribuinte comprovou que, apenas, não informou em DCTF a compensação das estimativas com saldo negativo que, de fato, existem, conforme atestou a perícia judicial.

Em matéria tributária, deve prevalecer a real situação fiscal do contribuinte, não podendo eventual preenchimento incorreto da DCTF, por si só, obstar seu direito de discutir o crédito tributário, em homenagem aos princípios da boa-fé e da cooperação.

Por certo, o não preenchimento correto na DCTF das estimativas compensadas com saldo negativo de períodos anteriores não pode constituir óbice isolado para a compensação.

Há que e ressaltar que, embora o contribuinte tenha dado causa a não homologação do seu pedido, o erro de preenchimento não afasta o direito material ao direito creditório. Ademais, não se observa qualquer prejuízo material ao erário o fato do contribuinte ter informado a compensação via PER/DCOMP ao invés da DCTF.

O mero erro formal, consubstanciado na omissão em DCTF à época não descaracteriza o direito material, devendo ser garantido ao contribuinte, mediante compensação, o afastamento dos tributos exigidos.

No mesmo sentido a jurisprudência:

MANDADO DE SEGURANÇA. CRÉDITO Oponível à Fazenda Nacional. Pedidos eletrônicos de declaração de compensação. Erro no preenchimento. Retificações das DCTF'S.

Eventual equívoco no preenchimento de DCTF não retira, por si só, o direito de crédito do contribuinte, uma vez que deve ser privilegiada, sempre que possível, a busca pela verdade material relativa à situação fiscal do contribuinte.

(TRF4 5012299-76.2018.4.04.7005, SEGUNDA TURMA, Relator RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 12/03/2020)

TRIBUTÁRIO. CSLL - RECOLHIMENTO ANTECIPADO POR ESTIMATIVA. ERRO NO PREENCHIMENTO DA DCTF, DEVIDAMENTE ESCLARECIDO À AUTORIDADE FISCAL, NO SENTIDO DE DEMONSTRAR QUE DE FATO HOUVE O RECOLHIMENTO A MAIOR DE TRIBUTO.

1. A antecipação é técnica de arrecadação fiscal, permitida em decorrência de política tributária. Os tributos em questão, pelo art. 39 da Lei 8383/91, têm a opção de serem recolhidos através de pagamento por estimativa mensal ou pagamento trimestral sobre o lucro real.
 2. Tratando-se de opção do contribuinte, decorre o encargo de seguir as disposições legais referentes à espécie, das quais, ademais, presume-se já tenham conhecimento desde a opção.
 3. É exação devida de qualquer forma, variando a forma de recolhimento de acordo com a intenção do contribuinte.
 4. O não preenchimento da DCTF não retira, por si só, o direito de crédito do contribuinte, mormente quando a autoridade fiscal possui outros elementos robustos capazes de conduzi-la à conclusão de que os pagamentos por DARF's, que comprovadamente ocorreram, puderam e deveriam ser considerados para o cálculo do saldo negativo de CSLL.
- (TRF4, APELREEX 5004159-46.2010.4.04.7001, SEGUNDA TURMA, Relatora LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, juntado aos autos em 28/06/2012)

Observa-se, inclusive, que a jurisprudência administrativa reconhece que a verdade material deve prevalecer em detrimento da formal quando há erro de preenchimento em DCTF e referido equívoco não causa prejuízos ao Erário Público.

Confira-se:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2009

DIREITO CREDITÓRIO. COMPENSAÇÃO. ERRO NO PREENCHIMENTO DA DCTF. DATA DO FATO GERADOR DO IRRF. JUROS E MULTA DE MORA. EQUÍVOCO DEMONSTRADO.

Para fins de nascimento da obrigação tributária, deve-se prevalecer a data da ocorrência do fato tributável. Devidamente demonstrado o equívoco no preenchimento da DCTF, por meio de documentação hábil e robusta, e comprovando-se a tempestividade do pagamento do tributo, a atualização do débito com juros e multa de mora deverá ser suprimida. (CARF, Acórdão 1001-001.625, Proc. 11065.721778/2012-60, Sessão 04/02/2020)

MULTA ISOLADA. JUROS ISOLADOS. DCTF. PREENCHIMENTO. ERRO DE FATO. Deve ser cancelado o lançamento oriundo de auditoria interna de declaração, se confirmado que o crédito tributário correspondente já tinha sido pago no prazo legal, porém com erro no preenchimento do período de apuração constante da DCTF (DRJ 9ª Turma Acórdão nº 12-22374, de 19 de Dezembro de 2008)

Conquanto o contribuinte tenha cometido erros quanto ao preenchimento de suas declarações, a autoridade fazendária insistiu na cobrança dos tributos, sendo que a documentação necessária para a solução da lide já havia sido apresentada.

Como bem observou o juízo a quo: "*Se de um lado é verdade que os sistemas informatizados da Receita Federal, preparados para lançamentos por homologação (ou o controvertido autolançamento) e medidas análogas, dependem essencialmente de providências por parte dos contribuintes, de outro lado também é verdade que diligências oportunas pelas das autoridades fazendárias e de suas representações processuais às vezes podem evitar problemas muito antes do ajuizamento, minimizando os custos deste processo*".

Portanto, não obstante os argumentos apresentados pela apelante, por certo o contribuinte possuía saldos a compensar antes do vencimento dos tributos, de forma que o preenchimento incorreto das declarações não se mostra apto o suficiente para permitir a exigência de multa e juros baseada em norma infralegal.

À propósito, oportuno transcrever o seguinte trecho da sentença (fls. 1.129/1.130): "*(...) somente lei em sentido estrito pode impor elementos quantitativos da obrigação tributária (ai incluídas penalidades e juros), razão pela qual a solução do problema não pode ser posta no plano infralegal. E sobre a legislação de regência, há muitos preceitos normativos que impõem penalidades (com seus acréscimos) para descumprimento tempestivo de obrigações principais e acessórias, tais como o art. 39 da Lei 9.250/1995, o art. 73 da Lei 9.532/1997, e o art. 90 da MP 2.158-35/2001 (cujos efeitos se projetam por força do art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001). Ocorre que o laudo pericial e toda a documentação acostada aos autos mostram que a havia saldos a compensar anteriormente ao vencimento dos débitos, de modo que a parte-autora apenas errou no preenchimento de obrigações acessórias (DCTF-DCOMPs)*".

Segundo firme jurisprudência, o arbitramento da verba honorária deve ser feito à luz do princípio da causalidade.

Vale destacar que, ao requerer, expressamente, o "*provimento de seu apelo para que seja reformada a r. sentença apelada e assim julgado improcedente o pleito autoral*", a apelante, efetivamente, persiste na cobrança, negando até mesmo a possibilidade de reconhecimento em juízo do erro de fato no preenchimento da referida declaração, defendendo, inclusive, que o contribuinte deve recolher multa e juros de mora, mesmo sendo incontroverso que há suporte quantitativo suficiente para as pretendidas compensações.

Portanto, deve ser mantida a condenação da parte apelante em honorários advocatícios.

Considerando o valor atribuído à causa (R\$ 3.935.038,28 em 10/2011) o valor fixado em R\$ 30.000,00 a título de honorários a favor da parte autora se revela razoável.

Nos termos do § 11 do artigo 85, do Código de Processo Civil, a majoração dos honorários é uma imposição na hipótese de se negar provimento ou rejeitar recurso interposto de decisão que já havia fixado honorários advocatícios sucumbenciais, respeitando-se os limites do § 2º.

Nesse passo, à luz do disposto nos §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC, devem ser majorados em 1% (um por cento) os honorários fixados anteriormente.

Ante o exposto, deve ser negado provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. AÇÃO ANULATÓRIA. PREENCHIMENTO INCORRETO DA PER/DCOMP E DA DCTF. ERRO DE FATO. COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA. PERÍCIA JUDICIAL. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CRÉDITOS. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. AFASTAMENTO DA MULTA E DOS JUROS DE MORA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS.

1 - Por certo, o não preenchimento correto na DCTF das estimativas compensadas com saldo negativo de períodos anteriores não pode constituir óbice para a compensação.

2 - Há que se ressaltar que, embora o contribuinte tenha dado causa a não homologação do seu pedido, o erro de preenchimento não afasta o direito material ao direito creditório. Ademais, não se observa qualquer prejuízo material ao erário o fato de o contribuinte ter informado a compensação via PER/DCOMP ao invés da DCTF.

3 - O mero erro formal, consubstanciado na omissão em DCTF à época não descaracteriza o direito material, devendo ser garantido ao contribuinte, mediante compensação, o afastamento dos tributos exigidos.

4 - Como bem observou o juízo a quo: "*Se de um lado é verdade que os sistemas informatizados da Receita Federal, preparados para lançamentos por homologação (ou o controvertido autolançamento) e medidas análogas, dependem essencialmente de providências por parte dos contribuintes, de outro lado também é verdade que diligências oportunas pelas das autoridades fazendárias e de suas representações processuais às vezes podem evitar problemas muito antes do ajuizamento, minimizando os custos deste processo*".

5 - Portanto, não obstante os argumentos apresentados pela apelante, por certo o contribuinte possuía saldos a compensar antes do vencimento dos tributos, de forma que o preenchimento incorreto das declarações não se mostra apto o suficiente para permitir a exigência de multa e juros baseada em norma infralegal.

6 - À luz do disposto nos §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC, devem ser majorados em 1% (um por cento) os honorários fixados anteriormente.

7 - Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018236-89.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: PADO S A INDUSTRIAL COMERCIAL E IMPORTADORA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO DE LIMA CASTRO DINIZ - PR19886-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018236-89.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: PADO S A INDUSTRIAL COMERCIAL E IMPORTADORA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO DE LIMA CASTRO DINIZ - PR19886-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Pado S/A Industrial, Comercial e Importadora interpôs agravo interno em face de decisão singular de relator que não conheceu de agravo de instrumento, sob o fundamento de que a penhora de percentual do faturamento já representava matéria afetada no STJ por ocasião da interposição do recurso, de modo que a parte deveria ter requerido a suspensão do ato construtivo ao Juízo da execução fiscal.

Sustenta que a decisão monocrática não pode subsistir. Explica que o relator, ao considerar inadmissível o agravo de instrumento, não concedeu oportunidade de saneamento do vício para a parte, no sentido de que ela pudesse comunicar a pendência de recurso especial repetitivo ao Juízo de primeira instância.

Argumenta que o CPC prevê o princípio da primazia do mérito e a inadmissibilidade imediata do agravo forçará a parte a interpor outro recurso contra eventual negativa de suspensão.

Informa que comunicou o Juízo processante da execução e não obteve resposta até o momento.

Alega também que a parte não tem o dever de comunicar a pendência de recurso especial repetitivo, sendo apenas intimada da suspensão pelo juiz ou relator de recurso para eventual pedido de distinção. Afirma que ela não pode ser prejudicada pelo descumprimento do dever de outros sujeitos processuais.

Requer, assim, o processamento do agravo de instrumento ou, pelo menos, a suspensão do recurso até o julgamento do caso repetitivo.

A União se manifestou sobre o agravo interno.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018236-89.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: PADO S A INDUSTRIAL COMERCIAL E IMPORTADORA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO DE LIMA CASTRO DINIZ - PR19886-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A decisão singular adotou a fundamentação de que, diante da pendência de recurso especial repetitivo sobre penhora do faturamento, a parte deveria ter comunicado a suspensão do ato construtivo ao Juízo processante da execução fiscal, em vez de recorrer da determinação judicial:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Pado S/A Industrial, Comercial e Importadora em face de decisão que indeferiu pedido de substituição de penhora, mantendo a constrição incidente sobre percentual do faturamento da empresa.

Sustenta que a excepcionalidade do regime atribuído à penhora de receitas operacionais não foi observada. Explica que dispõe de bens imóveis suficientes para a garantia da execução fiscal.

Alega também que a constrição impede a sobrevivência da empresa. Esclarece que, com a soma de todas as penhoras executivas, o percentual de 25% do faturamento resta comprometido, o que, aliado ao pagamento de prestações de parcelamento, praticamente neutraliza a fonte produtiva.

Requer a antecipação de tutela recursal.

Decido.

O agravo de instrumento é inadmissível.

O STJ afetou controvérsia correspondente à incidência de penhora sobre percentual do faturamento da empresa na data de 05/02/2020, determinando a suspensão de todos os processos que tratem da questão (Recurso Especial nº 1.835.864, Tema n. 769).

A afetação e o sobrestamento ocorreram antes da interposição do agravo de instrumento (06/07/2020), de modo que Pado S/A Industrial, Comercial e Importadora deveria ter comunicado a pendência de julgamento de caso repetitivo ao juízo de primeiro grau de jurisdição, a fim de que ele se pronunciasse sobre a suspensão da constrição (artigo 1.037, § 8º, § 9º e § 10, I, do CPC).

A interposição de recurso diretamente contra a penhora não é possível, uma vez que, segundo o procedimento de julgamento de casos repetitivos, o juízo de primeiro grau deve analisar a afetação e o sobrestamento. Somente depois da decisão, a parte pode agravar com o intuito de aplicar a suspensão (artigo 1.037, § 13, I, do CPC).

O agravo de instrumento se mostra, inclusive, inútil nas circunstâncias, devido ao fato de que o Tribunal não poderá analisar o mérito da constrição e a decisão proferida em primeira instância terá plena eficácia.

Naturalmente, a conclusão mudaria, se o recurso houvesse sido interposto antes da decisão de afetação do STJ. Nesse caso, a jurisdição do Tribunal já estaria ligada à controvérsia e sofreria diretamente os impactos da determinação de sobrestamento.

Na hipótese diversa, porém, a parte deve comunicar a suspensão ao juízo de primeiro grau, que analisará o alcance do recurso especial repetitivo, como garantia de segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança.

O fato de ter sido requerida substituição de penhora ou de a constrição já ter sido deferida em 2019 não exerce influência. Em primeiro lugar, o ato construtivo não produziu efeito prático inicial, tanto que houve o bloqueio de ativos financeiros. Nova determinação se faz necessária, o que acabou ocorrendo no indeferimento do pedido de substituição.

E, em segundo lugar, o advento de recurso especial representativo de controvérsia repercutiu nas constrições em andamento, sob pena de violação dos próprios valores que orientam a concepção de casos repetitivos – segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança.

Ante o exposto, nos termos dos artigos 932, III, e 1.019, caput, do CPC, não conheço do agravo de instrumento.

A fundamentação foi reiterada por ocasião do julgamento dos embargos de declaração:

Trata-se de embargos de declaração opostos por Pado S/A Industrial, Comercial e Importadora em face de decisão que não conheceu de agravo de instrumento, sob o fundamento de que a penhora de percentual do faturamento já representava matéria afetada no STJ por ocasião da interposição do recurso, de modo que a parte deveria ter requerido a suspensão do ato construtivo ao Juízo da execução fiscal.

Sustenta que a decisão monocrática apresenta omissão, pois deixou de considerar que, antes da declaração de inadmissibilidade do agravo de instrumento, o relator deveria ter concedido prazo para saneamento do vício.

Argumenta também ficou o aberto o fato de que a comunicação da afetação de recurso especial não cabe à parte, mas ao juiz ou relator de recurso. Alega que a parte é apenas comunicada da suspensão, para efeito de eventual distinção da controvérsia.

Decido.

Os embargos de declaração se destinam a integrar decisão judicial que contenha omissão, obscuridade, contradição ou erro material (artigo 1.022 do Código de Processo Civil).

A decisão monocrática abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

Ponderou que, como a penhora sobre percentual do faturamento já constituía matéria afetada no STJ por ocasião da interposição do agravo, a parte deveria ter requerido a suspensão do ato construtivo ao Juízo da execução fiscal, em vez de agravar a fim de reformar a decisão proferida. Explicou que o Tribunal, em função do sobrestamento, não poderia analisar a questão e a constrição continuaria a produzir efeitos, apesar da afetação da controvérsia.

Acrescentou que o Tribunal, no âmbito do julgamento de casos repetitivos, tem competência apenas para processar e julgar agravo contra decisão que vier a aplicar ou não a suspensão.

Concluiu que o agravo de instrumento é inadmissível, deixando obviamente de abrir prazo para saneamento de vício, devido à própria impossibilidade da medida – afinal, a parte não conseguiria regularizar a situação de um recurso interposto indevidamente.

Considerou ainda que a afetação de controvérsia no STJ e o sobrestamento de processos sobre a questão representam matéria de ordem pública, vinculada à garantia de segurança jurídica, de isonomia e de proteção da confiança, de modo que todos os sujeitos processuais, inclusive a parte, têm o dever de promover a comunicação. Esclareceu que eventual desconhecimento ou omissão do juiz ou relator não exime a parte de comunicar a suspensão, podendo, inclusive, recorrer de decisão proferida sobre o sobrestamento.

Extrai-se do relatório dos embargos declaratórios e dos fundamentos da decisão singular que Pado S/A Industrial, Comercial e Importadora pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, com a ultrapassagem dos limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

As razões expostas no agravo interno não autorizam a revisão da decisão singular.

Com a conclusão de que a parte deveria ter comunicado a suspensão do ato construtivo ao Juízo processante da execução fiscal, em vez de ter provocado a jurisdição do Tribunal, a concessão de oportunidade de saneamento do vício antes da declaração de inadmissibilidade do agravo não possui utilidade prática (artigo 932, parágrafo único, do CPC). Isso porque o recurso não era passível de correção; nem deveria ter sido interposto, contendo vício insanável.

Baste que a parte comunique o sobrestamento ao Juízo de primeira instância, no exercício de faculdade que não preclui até o julgamento de caso repetitivo. Eventual comunicação não causará o resgate do agravo de instrumento, já que outra decisão será proferida, tendo por objeto a identificação ou não da causa com a afetação (artigo 1.036, §12, do CPC).

Assim, não se pode afirmar que a medida garantiria a primazia do mérito e a economia processual. O interesse processual ligado ao agravo de instrumento não será resgatado com a comunicação, que levará à prolação de outra decisão sobre julgamento de casos repetitivos, com a interposição de eventual recurso sob circunstâncias distintas (artigo 1.036, §13, do CPC).

Pado S/A Industrial, Comercial e Importadora, inclusive, já promoveu a comunicação e, se há demora na análise, ela deve se valer de todas as faculdades reclamadas pela urgência.

O outro fundamento recursal também não procede. Todos os sujeitos processuais têm o dever de comunicar a pendência de recurso especial repetitivo, seja em função da ordem pública da matéria, ligada à garantia de segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança dos precedentes (artigo 926 do CPC), seja em razão da boa-fé e da cooperação (artigos 5º e 6º).

Desse modo, ainda que o Juízo processante da execução fiscal não tenha ordenado o sobrestamento, por iniciativa própria ou após ofício do STJ, Pado S/A Industrial, Comercial e Importadora possui o dever de provocá-lo sobre a matéria, principalmente diante da constatação de que a suspensão da penhora do faturamento é do interesse principal da pessoa jurídica e ela chegou a interpor recurso para justamente suspender a construção.

O pedido subsidiário de suspensão do próprio agravo de instrumento tampouco se viabiliza. Além de ele colidir diretamente com a fundamentação adotada no sentido de que o sobrestamento diz respeito à execução fiscal, não teria maior utilidade prática devido ao fato de que a construção sobre o faturamento continuaria a produzir efeitos – o Juízo de Origem manteria a penhora pela ausência de comunicação e o Tribunal nada poderia fazer pela própria suspensão do agravo de instrumento.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. PENDÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO SOBRE PENHORA DE FATURAMENTO. DEVER DE COMUNICAÇÃO DA PARTE. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

I. As razões expostas no agravo interno não autorizam a revisão da decisão singular.

II. Com a conclusão de que a parte deveria ter comunicado a suspensão do ato constitutivo ao Juízo processante da execução fiscal, em vez de ter provocado a jurisdição do Tribunal, a concessão de oportunidade de saneamento do vício antes da declaração de inadmissibilidade do agravo não possui utilidade prática (artigo 932, parágrafo único, do CPC). Isso porque o recurso não era passível de correção; nem deveria ter sido interposto, contendo vício insanável.

III. Baste que a parte comunique o sobrestamento ao Juízo de primeira instância, no exercício de faculdade que não preclui até o julgamento de caso repetitivo. Eventual comunicação não causará o resgate do agravo de instrumento, já que outra decisão será proferida, tendo por objeto a identificação ou não da causa com a afetação (artigo 1.036, §12, do CPC).

IV. Assim, não se pode afirmar que a medida garantiria a primazia do mérito e a economia processual. O interesse processual ligado ao agravo de instrumento não será resgatado com a comunicação, que levará à prolação de outra decisão sobre julgamento de casos repetitivos, com a interposição de eventual recurso sob circunstâncias distintas (artigo 1.036, §13, do CPC).

V. Pado S/A Industrial, Comercial e Importadora, inclusive, já promoveu a comunicação e, se há demora na análise, ela deve se valer de todas as faculdades reclamadas pela urgência.

VI. O outro fundamento recursal também não procede. Todos os sujeitos processuais têm o dever de comunicar a pendência de recurso especial repetitivo, seja em função da ordem pública da matéria, ligada à garantia de segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança dos precedentes (artigo 926 do CPC), seja em razão da boa-fé e da cooperação (artigos 5º e 6º).

VII. Desse modo, ainda que o Juízo processante da execução fiscal não tenha ordenado o sobrestamento, por iniciativa própria ou após ofício do STJ, Pado S/A Industrial, Comercial e Importadora possui o dever de provocá-lo sobre a matéria, principalmente diante da constatação de que a suspensão da penhora do faturamento é do interesse principal da pessoa jurídica e ela chegou a interpor recurso para justamente suspender a construção.

VIII. O pedido subsidiário de suspensão do próprio agravo de instrumento tampouco se viabiliza. Além de ele colidir diretamente com a fundamentação adotada no sentido de que o sobrestamento diz respeito à execução fiscal, não teria maior utilidade prática devido ao fato de que a construção sobre o faturamento continuaria a produzir efeitos – o Juízo de Origem manteria a penhora pela ausência de comunicação e o Tribunal nada poderia fazer pela própria suspensão do agravo de instrumento.

IX. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025796-82.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: SANSUY S/A INDUSTRIA DE PLASTICOS EM RECUPERACAO JUDICIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ FERNANDO RUCK CASSIANO - SP228126-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/12/2020 62/837

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025796-82.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: SANSUY S/A INDUSTRIA DE PLASTICOS EM RECUPERACAO JUDICIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ FERNANDO RUCK CASSIANO - SP228126-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão (Id 142146750 – fl. 531) proferida em sede cumprimento de sentença, para cobrança de honorários advocatícios em favor da União Federal.

Nas razões recursais, narrou a agravante SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL que apresentou impugnação, demonstrando que o cumprimento de sentença deveria permanecer suspenso, tendo em vista que o C. Superior Tribunal de Justiça determinou, nos autos dos Recursos Especiais nºs 1.694.261/SP, 1.694.316/SP e 1.712.484/SP (Tema 987), eleitos como representativos de controvérsias, devendo, também, a cobrança se submeter ao plano de recuperação judicial; que a Fazenda Nacional habilitou seu crédito e o Juízo *a quo* suspendeu o feito.

Alegou, entretanto, que o Juízo de origem não suspendeu o feito em razão do Tema 987, ao entendimento de que não se amolda ao caso concreto, no qual se executam honorários advocatícios.

Sustentou que necessária suspensão, posto que as matérias são idênticas.

Requeru o provimento do agravo, para determinar a suspensão do feito de origem, em razão do Tema 987.

A agravada UNIÃO FEDERAL, em contramínuta, alegou que o Tema 987 se aplica às execuções fiscais e não às cobranças de honorários advocatícios.

Pugnou pelo improvido do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025796-82.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: SANSUY S/A INDUSTRIA DE PLASTICOS EM RECUPERACAO JUDICIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ FERNANDO RUCK CASSIANO - SP228126-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de cumprimento de sentença, proposta para a cobrança de honorários advocatícios em favor da União Federal, devidos em razão de título executivo transitado em julgado, obtido em ação de conhecimento pelo rito ordinário.

Por sua vez, o Tema 987, que reúne os processos REsp 1694261/SP, REsp 1694316/SP, REsp 1712484/SP REsp 1757145/RJ, REsp 1760907/RJ, REsp 1765854/RJ e REsp 1768324/RJ, traz a como questão submetida a julgamento a *"possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária e não tributária"*.

Logo, embora se execute dívida não tributária, é certo que não estamos à frente de uma execução fiscal, não há havendo a necessária subsunção do caso concreto ao aludido paradigma, de modo que não se impõe a suspensão determinada com fulcro no art. 1.037, II, CPC.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – TEMA 987/STJ – SUSPENSÃO – DESCABIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

1. Trata-se de cumprimento de sentença, proposta para a cobrança de honorários advocatícios em favor da União Federal, devidos em razão de título executivo transitado em julgado, obtido em ação de conhecimento pelo rito ordinário.

2. O Tema 987, que reúne os processos REsp 1694261/SP, REsp 1694316/SP, REsp 1712484/SP REsp 1757145/RJ, REsp 1760907/RJ, REsp 1765854/RJ e REsp 1768324/RJ, traz a como questão submetida a julgamento a *"possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária e não tributária"*.

3. Embora se execute dívida não tributária, é certo que não estamos à frente de uma execução fiscal, não há havendo a necessária subsunção do caso concreto ao aludido paradigma, de modo que não se impõe a suspensão determinada com fulcro no art. 1.037, II, CPC.

4. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002476-40.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: KING NUTS INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: ALOISIO MASSON - SP204390-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002476-40.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: KING NUTS INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: ALOISIO MASSON - SP204390-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se embargos de declaração opostos por KING NUTS INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. nos quais aduz que “O v. acórdão embargado analisou a alegação de inexistência da origem da dívida na CDA, porém, deixou de analisar o vício do título em função de inexistir a assinatura e a identificação da autoridade que a emitiu, o que feriu o §6º do artigo 2º da Lei nº 6.830/1980, omissão que deve ser agora suprida.”.

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A Certidão de Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez, sendo ônus do sujeito passivo fazer prova inequívoca de sua nulidade.

2. A Certidão de Dívida Ativa apresenta a fundamentação legal necessária à verificação da origem da dívida, dos seus valores principais e a forma de calcular os encargos legais, de modo que a mera afirmação da ocorrência de irregularidades não é argumento suficiente para desconstituir sua intrínseca presunção de certeza e liquidez.

3. A Certidão de Dívida Ativa apresenta a fundamentação legal necessária à verificação da origem da dívida, dos seus valores principais e a forma de calcular os encargos legais, de modo que a mera afirmação da ocorrência de irregularidades não é argumento suficiente para desconstituir sua intrínseca presunção de certeza e liquidez.

4. Apelação improvida.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002476-40.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: KING NUTS INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: ALOISIO MASSON - SP204390-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

No ponto, a questão impugnada foi devidamente analisada no voto condutor in verbis: “a Certidão de Dívida Ativa apresenta a fundamentação legal necessária à verificação da origem da dívida, dos seus valores principais e a forma de calcular os encargos legais, de modo que a mera afirmação da ocorrência de irregularidades não é argumento suficiente para desconstituir sua intrínseca presunção de certeza e liquidez. Conforme expresso na CDA o crédito em cobro corresponde a multa administrativa aplicada pelo INMETRO no exercício do poder de polícia, por infração às normas metroológicas e de conformidade, com fundamento nos artigos 8º e 9º da Lei nº 9.933/99, apurada nos autos do Processo Administrativo nº 567010 e consubstanciada no auto de infração nº 723. No caso, portanto, a Certidão de Dívida Ativa apresenta a fundamentação legal necessária à verificação da origem da dívida, dos seus valores principais e a forma de calcular os encargos legais, de modo que a mera afirmação da ocorrência de irregularidades não é argumento suficiente para desconstituir sua intrínseca presunção de certeza e liquidez.”.

Por fim, é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, uma vez, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. A questão impugnada foi devidamente analisada no voto condutor in verbis: "a Certidão de Dívida Ativa apresenta a fundamentação legal necessária à verificação da origem da dívida, dos seus valores principais e a forma de calcular os encargos legais, de modo que a mera afirmação da ocorrência de irregularidades não é argumento suficiente para desconstituir sua intrínseca presunção de certeza e liquidez. Conforme expresso na CDA o crédito em cobro corresponde a multa administrativa aplicada pelo INMETRO no exercício do poder de polícia, por infração às normas metroológicas e de conformidade, com fundamento nos artigos 8º e 9º da Lei nº 9.933/99, apurada nos autos do Processo Administrativo nº 567010 e consubstanciada no auto de infração nº 723. No caso, portanto, a Certidão de Dívida Ativa apresenta a fundamentação legal necessária à verificação da origem da dívida, dos seus valores principais e a forma de calcular os encargos legais, de modo que a mera afirmação da ocorrência de irregularidades não é argumento suficiente para desconstituir sua intrínseca presunção de certeza e liquidez".
3. Ausentes os vícios do artigo 1.022 do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000276-57.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: SM RESINAS BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANNA FLAVIA DE AZEVEDO IZELLI GRECO - SP203014-A

AGRAVADO: DELEGADO DA RECEITA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DE SÃO PAULO - OITAVA REGIÃO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000276-57.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: SM RESINAS BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANNA FLAVIA DE AZEVEDO IZELLI GRECO - SP203014-A

AGRAVADO: DELEGADO DA RECEITA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DE SÃO PAULO - OITAVA REGIÃO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal em face do acórdão id 141455243, cuja ementa restou assim lavrada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DECISUM EXEQUENDO QUE AFASTOU O ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS COM BASE NO RE 574.706 – REPERCUSSÃO GERAL – EXCLUSÃO - RECURSO PROVIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017). O STJ e esta Corte alinham seu entendimento proferido. Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

2.No julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

3.No caso concreto, após o novo julgamento da apelação da ora agravante pela e. Terceira Turma (o recurso extraordinário da ora agravante ficou sobrestado em razão de o Excelso Supremo Tribunal Federal ter, nos autos do Recurso Extraordinário nº 574.706, erigido à condição de repercussão geral a discussão da constitucionalidade ou não da inserção do ICMS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS), aplicando o entendimento manifestado no Recurso Extraordinário nº 574.706, a União Federal interpôs Recurso Extraordinário e requereu, em relação à questão da natureza do ICMS a ser excluído, se o destacado ou o apurado, a suspensão do feito, até o julgamento dos embargos declaratórios opostos no referido RE nº 574.706. O referido recurso extraordinário teve seu seguimento negado, em decisão que transitou em julgado em 16 de agosto de 2018.

4.O v. acórdão transitado em julgado nestes autos abarcou o entendimento manifestado no julgamento do RE nº 574.706/PR - tema 69, no sentido de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS é o destacado e não o pago.

5.Agravo de instrumento provido.

A embargante sustenta existir omissão no acórdão embargado.

Para tanto, alega que o julgado embargado “aplicou a tese fixada pelo STF, em regime de repercussão geral, contudo determinou a exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias, inserindo, portanto, em suas razões de decidir elemento diverso daquele fixado pelo STF, sem que tenha havido debate sobre os fundamentos jurídicos da decisão”. Destaca que “o r. acórdão ora embargado deve ser mais esclarecedor quanto à determinação de qual o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, fixado como o ‘ICMS destacado’” e ressalta que “não há qualquer fundamentação a justificar a opção por esse critério”. Defende que a omissão viola “o artigo 93, inciso XI, da Constituição Federal e os artigos 11 e 489, inciso II, do CPC”. Defende, ainda, que “ao longo de todo o trâmite processual, nem a parte autora, muito menos a parte ré, chegaram a tratar desse aspecto específico, atinente à forma de cálculo do ICMS” e que “decidir apenas no acórdão, em segundo grau de jurisdição, numa afirmação isolada, que deve ser excluído o ICMS destacado nas notas fiscais, definindo assim o próprio critério de cálculo do montante a ser subtraído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sem que tenha havido, nem pedido nesse sentido, nem qualquer debate das partes a respeito, importa em omissão à análise dos artigos 10, 141, 490 e 492 do CPC”.

Sustenta, ainda, referindo-se ao RE 574.706, que “embora em diversas passagens o acórdão da Suprema Corte não seja totalmente claro e, por vezes, pareça até contraditório (daí os embargos de declaração que a ele foram opostos pela União), o que se pode depreender é que o ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, também chamado ICMS escritural” e que “não se pode olvidar que o ICMS sempre há de atentar ao disposto no artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação”.

Em sede de pedido subsidiário, requer que também se determine o ajuste na base de cálculo dos créditos da contribuição para o PIS e da COFINS.

Intimada, a parte contrária se manifestou pelo desprovemento dos embargos de declaração. Apontou que “o fundamento de validade do v. acórdão embargado repousa no fato de que a decisão, ao adotar o entendimento do STF, se posicionou pela exclusão do ICMS destacada; MAS PRINCIPALMENTE QUE A DISCUSSÃO QUANTO À NATUREZA DO ICMS JÁ FOI LEVANTADA QUANDO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DA FAZENDA NACIONAL” e que caberia à embargante “atacar” esse ponto específico. Defende que “ao opor Embargos de Declaração sob o argumento de que o ICMS a ser apartado do cálculo do PIS e da COFINS é o pago e não o destacado, o Embargante rebate fundamentos que sequer foram suscitados no v. acórdão embargado, restando claro que a ratio decidendi do decisum não foi devidamente enfrentada”. Sustenta equívoco nos declaratórios fazendários quando afirma que “ao longo de todo o trâmite processual”, não houve qualquer espécie de discussão acerca da natureza do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000276-57.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: SM RESINAS BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANNA FLAVIA DE AZEVEDO IZELLI GRECO - SP203014-A

AGRAVADO: DELEGADO DA RECEITA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DE SÃO PAULO - OITAVA REGIÃO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração são recurso ordinário de devolução vinculada que têm por objetivo o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional obscura, contraditória, omissa ou, a partir do Código de Processo Civil de 2015, evitada de erro material.

Previsto no artigo 1.022, do Código de Processo Civil, os embargos de declaração têm a seguinte redação:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Vê-se que os embargos de declaração são cabíveis tão-somente para suprir omissão, esclarecer a decisão obscura ou eliminar contradição presente na fundamentação ou corrigir o erro material.

A prestação jurisdicional é omissa na hipótese de faltar manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito levantado pelas partes ou se decidiu, mas a sua exposição não é completa. Ela é obscura quando confuso ou incompreensível. Contraditória entre as próprias proposições e as conclusões do julgado e não entre a tese defendida e o julgado. E incorre em erro material quando apresenta equívocos materiais evidentes em relação ao que consta nos autos.

Os embargos de declaração não se prestam, portanto, a nova valoração jurídica do conteúdo probatório e dos fatos envolvidos no processo. Também não servem para rediscutir a causa ou para corrigir inconformismo das partes baseado em alegação de injustiça.

No mérito, a pretensão ora deduzida não comporta acolhimento.

A despeito das razões invocadas pela parte embargante, não se verifica no acórdão embargado qualquer omissão passível de ser sanada pela via estreita dos embargos declaratórios.

O acórdão embargado assim decidiu acerca do direito da embargada de excluir o ICMS destacado das notas fiscais por ela emitidas:

Analisando os autos, verifica-se que após o novo julgamento da apelação da ora agravante, esta e Terceira Turma, em juízo de retratação (o recurso extraordinário da ora agravante ficou sobrestado em razão de o Excelso Supremo Tribunal Federal ter, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 574.706, erigido à condição de repercussão geral a discussão da constitucionalidade ou não da inserção do ICMS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS), aplicou o entendimento manifestado no Recurso Extraordinário n.º 574.706, tendo, inclusive, reproduzido sua ementa, publicada em 2/10/2017.

Contra este novo julgamento, a União Federal interpôs Recurso Extraordinário e requereu, em relação à questão da natureza do ICMS a ser excluído, se o destacado ou o apurado, a suspensão do feito, até o julgamento dos embargos declaratórios opostos no referido RE n.º 574.706.

O referido recurso extraordinário teve seu seguimento negado, em decisão que transitou em julgado em 16 de agosto de 2018.

(...)

O v. acórdão transitado em julgado nestes autos, portanto, abarcou o entendimento manifestado no julgamento do RE n.º 574.706/PR - tema 69, no sentido de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS é o destacado e não o pago.

Não há que se falar, assim, em omissão no provimento jurisdicional atacado, na medida em que o acórdão embargado foi expresso em apontar que a questão acerca da natureza do ICMS a ser excluído, se o destacado ou o apurado, foi enfrentada pelo v. acórdão transitado em julgado nestes autos e que os fundamentos levantados pela ora embargante, via recurso extraordinário, não impediram que a questão fosse atingida pela coisa julgada.

Não há que se falar, portanto, em violação dos artigos 10, 141, 490 e 492 do CPC.

Por fim, diante do objeto da ação originária – e do respectivo alcance da coisa julgada –, ajuizada com o fim de afastar a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS das parcelas referentes ao ICMS, não há que se falar de readequação da base de cálculo do crédito das contribuições para o PIS e da COFINS, ainda mais em sede de embargos de declaração opostos contra acórdão proferido em sede de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão em cumprimento de sentença.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração opostos.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – EMBARGOS REJEITADOS

1. Inexiste qualquer omissão em relação aos fundamentos do acórdão embargado, que foi expresso em apontar que a questão acerca da natureza do ICMS a ser excluído, se o destacado ou o apurado, foi enfrentada pelo v. acórdão transitado em julgado nestes autos e que os fundamentos levantados pela ora embargante, via recurso extraordinário, não impediram que a questão fosse atingida pela coisa julgada.
2. Não há que se falar, portanto, em violação dos artigos 10, 141, 490 e 492 do CPC.
3. Diante do objeto da ação originária – e do respectivo alcance da coisa julgada –, ajuizada com o fim de afastar a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS das parcelas referentes ao ICMS, não há que se falar de readequação da base de cálculo do crédito das contribuições para o PIS e da COFINS, ainda mais em sede de embargos de declaração opostos contra acórdão proferido em sede de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão em cumprimento de sentença.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000536-35.2017.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: BIOSEV BIOENERGIA S.A.

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000536-35.2017.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: BIOSEVBIOENERGIAS.A.

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração interpostos contra acórdão proferido nestes autos e cuja ementa tem o seguinte teor:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. DECRETO-LEI N.º 1.422/75. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 88.

1. A Constituição Federal de 1988 recepcionou a legislação referente ao Salário-Educação, veiculado pelo Decreto-lei n.º 1.422/75 (cf. art. 34 do ADCT).

2. O tributo em tela está concorde com a constituição federal anterior.

3. Não há violação ao princípio da estrita legalidade.

4. Não ocorre, outrossim, incompatibilidade com o artigo 195, I, nem com o artigo 212, § 5.º

5. A Emenda Constitucional 33/2001 inseriu limitações as contribuições sociais de intervenção no domínio econômico ao incluir o § 2º no 149 da Constituição Federal, contudo este dispositivo encontram-se no tempo verbal futuro, portanto tem a função de vincular o futuro legislador quando da criação de novas exações

6. Apelação não provida.

Sustentam as embargantes que o “decisum” incorreu em omissão, uma vez que deixou de analisar os seguintes dispositivos: 1) Art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal; 2) Art. 154, inciso I, da Constituição Federal; 3) Artigo 195 da Constituição Federal; 4) Art. 146, inciso III, da Constituição Federal; 5) Art. 149, §2º, III, “a” e II da Constituição Federal; 6) Art. 212, §5º, da Constituição Federal; 7) Art. 110 do CTN; 8) Lei 9.424/96; 9) Lei 9.766/98; 10) Art. 1º ao 11º do Decreto 6.003/06; 11) Art. 1º ao 11º do Decreto 6.003/06; 12) Art. 74 da Lei nº 9.430/96; 13) Art. 89 da Lei 8.212/91; 14) Art. 66 da Lei nº 8.383/91; 15) E.C. n. 33/01 que trouxe alterações ao art. 149 da CF; 16) Lei 11.457/07; 17) Art. 26-A da Lei 13.670/18 e 18) Arts. 1.035, §§5º e 1.037, II do CPC,

Pedemo acolhimento dos embargos, a fim de que sejam sanados os vícios apontados, bem como para prequestionar a matéria.

A União apresentou resposta aos embargos de declaração, requerendo a rejeição do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000536-35.2017.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: BIOSEVBIOENERGIAS.A.

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não existe, em qualquer hipótese, as omissões apontadas pela embargante, uma vez que o decisum entendeu que o comando contido no artigo 149, § 2º, III, da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional 33/2001, destina-se ao futuro legislador quando da criação de novas exações, posto que encontram-se no tempo verbal futuro (PODERÃO).

Por outro lado, observo que o Magistrado não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pela parte, uma vez que tenha encontrado no bojo da ação motivo suficiente para proferir a decisão, mesmo porque o julgamento da apelação envolve o exame de todos os autos, entendimento que se encontra de acordo com a Jurisprudência e está consignado no julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

- 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.*
- 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.*
- 3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.*
- 4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal decisum.*
- 5. Embargos de declaração rejeitados.*

(EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016)

Desta forma, ao apreciar a matéria concluiu-se que não havia nenhuma inconstitucionalidade da exigência da contribuição para terceiros, objeto da ação, após o advento da emenda constitucional 33/2001.

Nesse passo, destaco questão de grande importância para a presente ação, que se refere ao RE 603.624/SC, que trata das contribuições para terceiros. Ocorre que, o egrégio Supremo Tribunal Federal atribuiu, em 21/10/2010, repercussão geral ao citado recurso. Contudo, em 23/09/2020, o plenário do Pretório Excelso, apreciando o tema 325, negou provimento ao RE 603.624/SC, tendo por maioria fixado a tese de que "As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001". Tendo em vista, o citado resultado do julgamento do RE 603.624/SC, que possui repercussão geral, apesar de ainda não haver publicação do Acórdão, a matéria encontra-se definitivamente decidida, impossibilitando entendimento diverso, portanto se aplica para a contribuição da presente ação. Além disso, o Acórdão, ora embargado, decidiu no mesmo sentido da tese firmada no RE 603.624/SC.

Portanto, há de se destacar que nos presentes embargos, na melhor das hipóteses, haveria intenção da embargante de apenas prequestionar a citada matéria, a fim de lhe abrir a via especial ou extraordinária, contudo o acórdão examinou a questão conforme o pedido constante na apelação, contrarrazões, jurisprudência e nos documentos acostados aos autos, inexistindo no julgado qualquer vício.

Ante o exposto, não contendo o acórdão embargado qualquer omissão, conheço, mas rejeito os presentes embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – RECURSO REJEITADO

- Não existe, em qualquer hipótese, as omissões apontadas pela embargante, uma vez que o decisum entendeu que o comando contido no artigo 149, § 2º, III, da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional 33/2001, destina-se ao futuro legislador quando da criação de novas exações, posto que encontram-se no tempo verbal futuro (PODERÃO).
- O Magistrado não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pela parte, uma vez que tenha encontrado no bojo da ação motivo suficiente para proferir a decisão, mesmo porque o julgamento da apelação envolve o exame de todos os autos, entendimento que se encontra de acordo com a Jurisprudência.
- O egrégio Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 603.624/SC atribuiu, em 21/10/2010, repercussão geral, contudo, em 23/09/2020, o plenário do Pretório Excelso, apreciando o tema 325, negou provimento ao RE 603.624/SC, tendo por maioria fixado a tese de que "As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001". Tendo em vista, o citado resultado do julgamento do RE 603.624/SC, que possui repercussão geral, apesar de ainda não haver publicação do Acórdão, a matéria encontra-se definitivamente decidida, impossibilitando entendimento diverso, portanto se aplica para a contribuição da presente ação. Além disso, o Acórdão, ora embargado, decidiu no mesmo sentido da tese firmada no RE 603.624/SC.
- Há de se destacar que nos presentes embargos, na melhor das hipóteses, haveria intenção da embargante de apenas prequestionar a citada matéria, a fim de lhe abrir a via especial ou extraordinária, contudo o acórdão examinou a questão conforme o pedido constante na apelação, contrarrazões, jurisprudência e nos documentos acostados aos autos, inexistindo no julgado qualquer vício.
- Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não contendo o acórdão embargado qualquer omissão, conheceu, mas rejeitou os presentes embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5344016-31.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ADRIANO PAULO GUITTE

Advogado do(a) APELANTE: TIAGO LUIZ LEITAO PILOTO - SP318848-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP

Advogado do(a) APELADO: SONIA MARIA MORANDI MOREIRA DE SOUZA - SP43176-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5344016-31.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ADRIANO PAULO GUITTE

Advogado do(a) APELANTE: TIAGO LUIZ LEITAO PILOTO - SP318848-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP

Advogado do(a) APELADO: SONIA MARIA MORANDI MOREIRA DE SOUZA - SP43176-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **Adriano Paulo Guitte**, contra a sentença proferida nos autos dos embargos à execução fiscal, opostos em face do **Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo - CREA (SP)**.

A MM. Juíza de Direito julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, por entender que não ocorreu a prescrição do débito exequendo. O embargante foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios, fixado em 10% (dez por cento) do valor total do débito.

Irresignado, o apelante alega, em síntese, que ocorreu a prescrição em relação às anuidades dos exercícios de 2002 e 2003, pois entre a constituição definitiva do débito e o despacho que determinou a citação do executado, restou ultrapassado o prazo prescricional quinquenal.

Semas contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5344016-31.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ADRIANO PAULO GUITTE

Advogado do(a) APELANTE: TIAGO LUIZ LEITAO PILOTO - SP318848-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP

Advogado do(a) APELADO: SONIA MARIA MORANDI MOREIRA DE SOUZA - SP43176-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de embargos à execução fiscal, opostos em face do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo (CREA-SP), visando afastar a cobrança de anuidades referentes aos exercícios de 2002 e 2003 (ID de n.º 144839411, página 03).

O embargante alega que ocorreu a prescrição da cobrança do débito em execução.

De início, esclareça-se que as anuidades cobradas são anteriores a entrada em vigor da Lei n.º 12.514/11, cujo termo inicial, deve ser fixado a partir do momento em que o crédito se torna exequível.

Assim, no caso dos autos, para a cobrança das anuidades devidas ao Conselho Profissional antes da entrada em vigor da Lei n.º 12.514/11, a constituição do crédito tributário ocorre a partir do seu vencimento, momento em que ocorre a mora do devedor.

Neste sentido, é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ. Veja-se:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ANUIDADES. PRESCRIÇÃO. ART. 174 DO CTN. OCORRÊNCIA. 1. Pela leitura atenta do acórdão combatido, verifica-se que o artigo 173 do CTN e os artigos 2º, §3º, e 5º da Lei nº 6.830/80, bem como as teses a eles vinculadas, não foram objeto de debate pela instância ordinária, inviabilizando o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento. 2. O pagamento de anuidades devidas aos Conselhos Profissionais constitui contribuição de interesse das categorias profissionais, de natureza tributária, sujeita a lançamento de ofício. 3. O lançamento se aperfeiçoa com a notificação do contribuinte para efetuar o pagamento do tributo, sendo considerada suficiente a comprovação da remessa do carnê com valor da anuidade, ficando constituído em definitivo o crédito a partir de seu vencimento, se inexistente recurso administrativo. 4. Segundo o art. 174 do CTN "a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva". No presente caso, como a demanda foi ajuizada após o transcurso dos cinco anos, consumada está a prescrição. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido." (STJ, REsp nº 1235676/SC, 2011/0017826-4, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 07.04.2011, DJe 15.04.2011).

Também é este o entendimento adotado por este Tribunal. Vejam-se:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DA 2ª REGIÃO - CRECI/SP. COBRANÇA DE ANUIDADES. TERMOS INICIAL E FINAL DE CONTAGEM DE PRAZO. PRESCRIÇÃO (ART. 174 DO CTN). OCORRÊNCIA. 1. De acordo com o art. 174, caput, do Código Tributário Nacional, a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva. 2. Tratando-se de cobrança de anuidade pelo Conselho exequente, o não pagamento do tributo no vencimento constitui o devedor em mora, restando igualmente constituído o crédito tributário, possibilitando a sua imediata exigibilidade com a inscrição do quantum em dívida ativa e subsequente ajuizamento da execução fiscal. 3. Afastada eventual alegação de suspensão do prazo prescricional uma vez que não vislumbro qualquer hipótese que se enquadre àquelas previstas no art. 174 do Código Tributário Nacional. 4. O termo final do prazo prescricional deve ser analisado considerando-se a existência, ou não, de inércia por parte do exequente; se não houver inércia, o dies ad quem a ser considerado é a data do ajuizamento da execução fiscal, à luz da Súmula n.º 106 do STJ e art. 219, § 1º do CPC. Constatada a inércia do exequente, o termo final será a data da efetiva citação (execuções ajuizadas anteriormente a 09.06.2005, data da vigência da Lei Complementar n.º 118/05) ou a data do despacho que ordenar a citação (execuções ajuizadas posteriormente à vigência da referida Lei Complementar). 5. In casu, tendo decorrido prazo superior a 5 (cinco) anos entre o termo inicial (data de constituição do crédito) e o termo final (data do ajuizamento da execução fiscal), há que ser mantido o decreto de prescrição do créditos relativo à anuidade de 2003. 6. Apelação improvida." (TRF-3, Sexta Turma, AC 1551373, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, data do julgamento: 16/05/2013, e-DJF3 de de 24/05/2013).

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - CRECI. COBRANÇA DE ANUIDADES E MULTAS ELEITORAIS. PRESCRIÇÃO PARCIAL. 1. Execução de créditos referentes a anuidades e multas devidas ao CRECI, dos exercícios de 2000 a 2004. 2. O artigo 174 do CTN dispõe que "a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva". 3. No caso em estudo, a constituição definitiva dos créditos deu-se a partir de abril de 2000, abril de 2001, abril de 2002, abril de 2003 e abril de 2004, conforme constam das CDAs como "termo inicial para atualização", em obediência às regras previstas nos artigos 35 e 37 do Decreto n.º 81.871/1978, regulamentador da Lei n.º 6.530/1978, que disciplina a profissão de Corretor de Imóveis. 4. Os prazos prescricionais correspondentes a cada parcela tiveram início em 1º de abril de 2000, 1º de abril de 2001, 1º de abril de 2002, 1º de abril de 2003 e 1º de abril de 2004, datas em que os valores se tornaram devidos e definitivamente constituídos, por força do regramento supracitado, não havendo que se falar, portanto, na necessidade de posterior lançamento pelo exequente, consoante já afirmado. 5. Execução fiscal ajuizada na vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, a qual alterou o artigo 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, devendo-se, portanto, considerar como termo final para contagem do prazo prescricional a data do despacho que ordenou a citação. 6. Não se aplica ao caso a regra contida no § 3º, do artigo 2º, da Lei 6.830/1980 - que trata da suspensão da prescrição pelo prazo de 180 dias. A prescrição é norma geral em matéria tributária, que deve ser regulada por lei complementar, conforme artigo 146, inciso III, letra "b", da CF/1988, e que se encontra disciplinada pelo artigo 174 do CTN, o qual não prevê hipótese de suspensão. 7. Estão prescritas a anuidade e a multa eleitoral relativas ao exercício de 2000, considerando que transcorreram mais de cinco anos entre a data da constituição definitiva de tais valores e a data do despacho ordinatório da citação na execução fiscal. Com relação às anuidades restantes, deve a execução fiscal prosseguir regularmente, já que não foram atingidas pela prescrição. 8. O simples argumento de ter cessado o exercício das atividades ligadas ao ramo imobiliário não basta para afastar a cobrança em tela, sendo necessária a existência de prova cabal do cancelamento da inscrição junto ao CRECI. 9. Cabe ao profissional formalizar o cancelamento de sua inscrição perante o conselho de classe quando deixar de exercer atividades relacionadas ao seu ramo profissional, sob pena de estar obrigado ao pagamento de anuidades. 10. Verificada a sucumbência recíproca, por força do artigo 21, caput, do CPC, as partes deverão arcar com os ônus da sucumbência, na exata proporção em que cada uma restou vencida. 11. Apelação parcialmente provida, para declarar prescritos os valores referentes ao exercício de 2000." (TRF-3, Terceira Turma, AC 1476197, Rel. Des. Fed. Marcio Moraes, data do julgamento: 27/05/2010, e-DJF3 de de 06/07/2010).

No caso dos autos, as anuidades são exigidas pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo, com base na Lei nº 5.194/66 que em seu artigo 63, § 2º, determina que o pagamento da anuidade deve ocorrer até o dia 31 de março de cada ano, aliás a CDA de ID de n.º 144839411, página 03, referente à cobrança das anuidades dos exercícios de 2002 e 2003, informa como termo inicial o seguinte: 03/2002 e 03/2003. Assim, considerando que a execução fiscal foi ajuizada em 05/06/2008 (ID de n.º 144839411, página 01), não há dúvidas de que ocorreu a prescrição do débito exequendo.

Neste contexto, deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição das anuidades cobradas, nos termos do art. 487, II, do Código de Processo Civil, e, determinada a extinção da execução fiscal de n.º 0003475-37.2008.8.26.0663, com a inversão dos ônus sucumbenciais arbitrados na sentença (ID de n.º 14483924, páginas 01-02).

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação supra.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. COBRANÇA DE ANUIDADES DOS EXERCÍCIOS DE 2002 E 2003. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

1. Trata-se de embargos à execução fiscal, opostos em face do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo (CREA-SP), visando afastar a cobrança de anuidades referentes aos exercícios de 2002 e 2003 (ID de n.º 144839411, página 03).
2. De início, esclareça-se que as anuidades cobradas são anteriores a entrada em vigor da Lei n.º 12.514/11, cujo termo inicial, deve ser fixado a partir do momento em que o crédito se torna exequível. Assim, no caso dos autos, para a cobrança das anuidades devidas ao Conselho Profissional antes da entrada em vigor da Lei n.º 12.514/11, a constituição do crédito tributário ocorre a partir do seu vencimento, momento em que ocorre a mora do devedor (precedentes do STJ e deste Tribunal).
3. No caso dos autos, as anuidades são exigidas pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo, com base na Lei n.º 5.194/66, que em seu artigo 63, § 2º, determina que o pagamento da anuidade deve ocorrer até o dia 31 de março de cada ano, alíás a CDA de ID de n.º 144839411, página 03, referente à cobrança das anuidades dos exercícios de 2002 e 2003, informa como termo inicial o seguinte: 03/2002 e 03/2003. Assim, considerando que a execução fiscal foi ajuizada em 05/06/2008 (ID de n.º 144839411, página 01), não há dúvidas de que ocorreu a prescrição do débito exequendo.
4. Desse modo, deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição das anuidades cobradas, nos termos do art. 487, II, do Código de Processo Civil, e, determinada a extinção da execução fiscal de n.º n.º 0003475-37.2008.8.26.0663, com a inversão dos ônus sucumbenciais arbitrados na sentença (ID de n.º 14483924, páginas 01-02).
5. Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029346-85.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

AGRAVADO: TIAGO GONCALVES RODRIGUES GOMES

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029346-85.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

AGRAVADO: TIAGO GONCALVES RODRIGUES GOMES

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A senhora Juíza Federal convocada Denise Avelar (relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região contra a r. decisão de ID 39142033 exarada nos autos da execução fiscal nº 5013542-58.2020.4.03.6182, movida em face de **Tiago Gonçalves Rodrigues Gomes**, e em trâmite perante o Juízo da 5ª Vara de Execuções Fiscais Federal de São Paulo/SP, no âmbito da qual indeferido o pedido de constrição pelo sistema BACENJUD.

Em síntese, o agravante alega que o artigo 11 da Lei nº 6.830/80 elenca a ordem de preferência para penhora ou arresto de bens do devedor, dispondo, em seu inciso I, sobre a possibilidade de penhora de dinheiro em espécie, em papel-moeda, depositado em conta corrente de instituições financeiras ou aplicado em renda fixa.

Ressalta a importância da utilização do BACENJUD para a satisfação do débito ajuizado, por se tratar de medida que, além de buscar o patrimônio mais líquido do devedor (dinheiro), também possui o condão de alertar o executado da existência da ação executiva, viabilizando a realização de acordos para resolução da demanda.

Argumenta que, embora a penhora possa recair sobre valor impenhorável, tal alegação deve ser, primeiramente, arguida pela parte interessada, não podendo o exequente ser privado das tentativas de busca de bens para a satisfação do crédito, pois tal conduta conflita com as normas jurídicas vigentes, bem assim com o entendimento jurisprudencial deste E. Tribunal.

Por fim, sustenta que a decisão agravada ofende o princípio da legalidade, vez que pretende afastar dispositivos legais específicos aplicáveis à execução fiscal em razão de mero critério de conveniência do Juízo, assim como o princípio da eficiência, na medida em que causa embaraços ao desenvolvimento ordinário da execução fiscal, considerando o rito imposto pela lei.

A parte agravada não foi intimada, haja vista que não possui advogado constituído nos autos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029346-85.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICADA4 REGIAO

AGRAVADO: TIAGO GONCALVES RODRIGUES GOMES

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A senhora Juíza Federal convocada Denise Avelar (relatora): Como advento da Lei nº 11.382/2006, que alterou o Código de Processo Civil de 1973, e da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o atual Código de Processo Civil, restou superado o entendimento de que seria excepcional e extraordinária a penhora de dinheiro depositado em instituição financeira.

Deveras, resulta do sistema processual que a penhora em dinheiro é opção preferencial, cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade ou pedir a substituição por outro bem cuja constrição seja-lhe menos onerosa e igualmente capaz de garantir a execução (Código de Processo Civil de 2015: artigos 835, inciso I e § 1º, 854, § 2º, e 847).

Nesse sentido, veja-se:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CREA. ADESÃO AO PARCELAMENTO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.

1. Conforme assente na jurisprudência, cabe extinção de embargos à execução fiscal, por falta de interesse de agir, quando o devedor adere ao parcelamento da dívida executada, o que não prejudica, no entanto, o exame de questões de ordem pública.

2. A citação por edital foi regular, na medida em que precedida por certidão, de oficial de Justiça, no sentido de que o citando não foi localizado, apesar dos esforços realizados, não elidindo, de sua vez, a validade do ato a comprovação de parcelamento, rescindido por descumprimento.

3. Não houve violação do artigo 8º da Lei 12.514/2011, vez que tal preceito não se aplica às execuções fiscais ajuizadas anteriormente à respectiva vigência, como é o caso.

4. Quanto à prescrição, a informação de parcelamento afeta o curso da prescrição, na medida em que não corre o lapso da prescrição enquanto vigente o acordo. Ao devedor incumbia demonstrar não ter havido ato interruptivo ou impeditivo da prescrição, para além de simplesmente alegar o decurso do prazo sem impugnar ou tratar da informação de parcelamento.

5. Acerca da decadência, não existem elementos de comprovação, vez que, referindo-se a anuidades ao período de 2004 e 2005, houve procedimento administrativo em 2008, que gerou a inscrição ainda em tempo, sem qualquer prova da falta de notificação do contribuinte para o pagamento, à luz da jurisprudência consolidada.

6. Finalmente, com relação à impenhorabilidade, não existe prova nos autos de que se trate de verba alimentar, configurando ônus do executado a demonstração do fato impeditivo ou modificativo do direito do exequente.

7. Apelação desprovida.”

(AP 0001436-28.2016.4.03.6106, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2017) (grifei)

Em outras palavras, é da lei que, atualmente, primeiro se faz a penhora online e, posteriormente, e ainda assim conforme o caso, ela pode ser levantada ou substituída.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada em julgamento na sistemática dos recursos repetitivos: REsp 1184765/PA, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/12/2010.

Assim, ao impedir a constrição pelo sistema BACENJUD por risco de atingimento de bens impenhoráveis, como o fez na decisão agravada, o MM. Magistrado de primeiro grau destoa do precedente acima mencionado, e efetua imposição de requisito sem previsão legal, além de menosprezar a preferência do dinheiro para garantia da execução fiscal.

Como se sabe, não podem ser tolhidos os mecanismos legais disponíveis à exequente para satisfação do seu crédito, sob pena de ilegal constrangimento ao prosseguimento da execução. Desse modo, a vedação imposta não pode subsistir.

Além disso, a impenhorabilidade dos ativos financeiros, se encontrados e constrições, deve ser demonstrada pelo executado, sendo ônus desse a comprovação de causa impeditiva do direito do credor. Não se pode olvidar que, embora o montante cobrado seja inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, há possibilidade de o devedor possuir ativos em quantia superior à fixada em lei como protegida pela regra da impenhorabilidade, e o excedente é passível de penhora.

Insta ressaltar que a utilização dos sistemas INFOJUD, BACENJUD e RENAJUD, para localização do devedor e seus bens e determinação de constrição eletrônica de bens e ativos financeiros, é de grande valia, haja vista que as pesquisas são realizadas de forma célere, sendo possível a comunicação imediata de ordens judiciais, resultando em melhor prestação jurisdicional e real salvaguarda do direito do credor a receber o que lhe é devido, sendo recomendada pelo CNJ, em sua resolução nº 51.

Destaque-se, outrossim, que a jurisprudência atual não requer o esgotamento de outras diligências para que sejam usados os sistemas a disposição do Juízo com o intuito de localizar o executado e seus bens. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONSULTA AO SISTEMA INFOJUD. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS A FIM DE LOCALIZAR BENS DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 535, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

2. A instância de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não emitiu juízo de valor sobre o art. 620 do CPC/1973 (princípio da menor onerosidade) e 185-A do CTN (cabimento da indisponibilidade dos bens).

3. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. O acórdão recorrido consignou: “A questão centra-se na insatisfação das agravantes ante a decisão monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento, mantendo a decisão agravada que deferiu a penhora “online” pelo sistema BACEN-JUD. (...) Quanto ao bloqueio dos depósitos bancários, não restou comprovado a natureza salarial dos valores bloqueados, sendo certo que a matéria não comporta mais discussão, pois em Recurso Repetitivo (STJ REsp 1, 112.943-MA, Rei, Min. Nancy Andrighi, ocorrido em 15/09/2010), ficou sedimentado o entendimento da possibilidade da penhora “online” pelo sistema BACENJUD, sem a necessidade prévia exaurimento na busca de outros bens do executado, colacionando para tanto, julgados que perfilham este entendimento.” (fl. 614, e-STJ)

5. O Tribunal a quo está em consonância com o Superior Tribunal de Justiça que em precedente submetido ao rito do art. 543-C firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on-line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal. (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017).

6. Recurso Especial não conhecido.”

(REsp 1724422/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 22/05/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMAS BACEN-JUD, RENAJUD OU INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização dos sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD não estaria condicionada ao esgotamento de diligências.

2. Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

3. Recurso especial a que se dá provimento.”

(REsp 1703669/RJ, Relator Ministro OG FERNANDES, STJ - Segunda Turma, DJe 26/02/2018) (grifei)

Logo, não pode permanecer a decisão agravada, devendo ser permitido o bloqueio de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ANUIDADES. CONSTRIÇÃO PELO SISTEMA BACENJUD. PEQUENO VALOR. POSSIBILIDADE. ÔNUS DO DEVEDOR DEMONSTRAR A IMPENHORABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A penhora em dinheiro é opção preferencial, cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade ou pedir a substituição por outro bem cuja constrição seja-lhe menos onerosa e igualmente capaz de garantir a execução (Código de Processo Civil de 2015: artigos 835, inciso I e § 1º, 854, § 2º, e 847).

2. Embora o montante cobrado seja inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, há possibilidade de o devedor possuir ativos em quantia superior à fixada em lei como protegida pela regra da impenhorabilidade, e o excedente é passível de penhora.

3. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005956-29.2019.4.03.6109

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: SERFLA - IMPORTACAO DE COMPONENTES INDUSTRIAIS LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: VALTER FISCHBORN - SC19005-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM PIRACICABA, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PIRACICABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM PIRACICABA//SP

PROCURADOR: UNIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, UNIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005956-29.2019.4.03.6109

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: SERFLA - IMPORTACAO DE COMPONENTES INDUSTRIAIS LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: VALTER FISCHBORN - SC19005-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM PIRACICABA, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PIRACICABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM PIRACICABA//SP

PROCURADOR: UNIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, UNIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Serfla Importação de Componentes Industriais Ltda. - ME**, em face da sentença que denegou a ordem, tendente a determinar a exclusão do PIS e da COFINS, de sua própria base de cálculo, e, reconhecer o direito à compensação, observada a prescrição quinquenal, dos valores indevidamente recolhidos.

A impetrante, ora apelante, requer o sobrestamento do feito, e, no mérito alega que:

a) no julgamento do RE nº 574.706/PR, o STF adotou um novo conceito de receita bruta, razão pela qual os tributos que meramente transitam pelo caixa dos contribuintes – notadamente, o PIS/COFINS – não configuram receita tributável;

b) há vasta fundamentação legal e jurisprudencial que suportama ilegitimidade da incidência do PIS e da COFINS em sua própria base de cálculo;

c) a exação é inconstitucional e afronta os princípios da legalidade, capacidade contributiva e vedação ao confisco.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República Sérgio Fernando das Neves, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005956-29.2019.4.03.6109

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: SERFLA - IMPORTACAO DE COMPONENTES INDUSTRIAIS LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: VALTER FISCHBORN - SC19005-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Primeiramente, anote-se que cabe ao relator do processo submetido à repercussão geral determinar a suspensão dos feitos em trâmite nas instâncias inferiores, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil. Ainda, não fora determinada a suspensão nacional dos processos que tratam da inclusão do PIS e da COFINS em sua própria base de cálculo, sendo certo que o efeito suspensivo delimitado no atual Código de Processo Civil é *ope iuris* não *ope legis*, razão pela qual, enquanto o relator do recurso extraordinário repetitivo não determinar tal efeito, este não subsiste. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – SOBRESTAMENTO – INVIABILIDADE - INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO EMBARGADO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

I – Inviável o sobrestamento do feito em virtude da afetação do tema à sistemática de repercussão geral pelo C. STF no RE 1.233.096.

II - Reconhecida a repercussão geral, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados (artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil) e não há notícia de que tal suspensão fora determinada

III - Os embargos de declaração visam ao saneamento da decisão, mediante a correção de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (art. 1.022 do CPC).

IV - Os fundamentos e as teses pertinentes para a decisão da questão jurídica tratada nos autos foram analisados.

V - Caso em que sobressai o nítido caráter infringente dos embargos de declaração. Pretendendo a reforma do decisum, direito que lhe é constitucionalmente assegurado, deve o recorrente se valer dos meios idôneos para tanto.

VI - Embargos de declaração rejeitados.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5004899-92.2018.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 06/02/2020, Intimação via sistema DATA: 08/02/2020)

Destarte, não há falar em sobrestamento do feito em virtude da afetação do tema à sistemática de repercussão geral pelo STF no RE n.º 1.233.096.

No tocante ao mérito, a exclusão do PIS e da COFINS de sua própria base de cálculo, não merece amparo.

De início, cumpre observar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n.º 574.706/PR, em sede de repercussão geral, firmou a tese de que *“o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”*.

Embora se trate de precedente de observância obrigatória quanto à matéria nele tratada (restrita ao ICMS), esta Turma Recursal entende que a conclusão do julgado não pode ser estendida às demais exações incidentes sobre a receita bruta, vez que se trata de tributos distintos, não sendo cabível a aplicação da analogia em matéria tributária. Nesse sentido:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”, conforme RE n.º 574.706.

2. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível a viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.

4. Agravo de instrumento desprovido.”

(AI 5022335-10.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/09/2018) (grifei)

De outro lado, a Lei n.º 12.973/2014, que alterou as leis reguladoras do PIS e da COFINS, dispõe que a base de cálculo das referidas contribuições - o faturamento ou o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica - compreende a receita bruta de que trata o artigo 12 do Decreto-Lei n.º 1.598/1977.

Por sua vez, o § 5º do mesmo dispositivo legal deixa claro que na receita bruta incluem-se *“os tributos sobre ela incidentes”*, o que autoriza a inclusão, nas bases de cálculo das referidas contribuições, dos valores relativos a elas próprias.

Consoante explicitado pelo Exmo. Juiz Federal Convocado, Alexandre Gonçalves Lippel, em acórdão proferido nos autos da Apelação Cível n.º 5005772-23.2018.4.04.7001/PR, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do qual compartilho o entendimento: *“O simples fato de os valores dispendidos com as contribuições não representarem acréscimo patrimonial não é suficiente para excluí-los da base de cálculo do PIS e da COFINS. Isso porque estas não incidem sobre o lucro da empresa, e sim sobre o seu faturamento, conceito que, a priori, deve ser interpretado segundo os parâmetros fixados na legislação tributária.”*

Oportuno salientar que o sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado “cálculo por dentro”, conforme se denota dos seguintes julgados:

“1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

[...]

3. **ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes.** A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea "i" no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar "fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço". Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos.

[...]

5. **Recurso extraordinário a que se nega provimento.**

(RE 582461/SP, Relator Min. GILMAR MENDES, STF - Tribunal Pleno, Julgamento: 18/05/2011) (grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO DO TRIBUTO EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. "CÁLCULO POR DENTRO". CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a sistemática de inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, denominada "cálculo por dentro", não ofende a Constituição Federal. Precedente: RE 582.461, da relatoria do ministro Gilmar Mendes.**

2. **Agravo regimental desprovido.**

(RE 524031 AgR/SP, Relator Min. AYRES BRITTO, STF - Segunda Turma, Julgamento: 30/08/2011) (grifei)

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhece a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. Segundo o teor da ementa:

"RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

2. **A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:** 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011. 2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010. 2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009. 2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. N° 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp. N° 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007. 2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. **Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.**

[...]"

(REsp 1144469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - Primeira Seção, DJE DATA:02/12/2016) (grifei)

Seguindo as mesmas conclusões, destaco, ainda, precedentes desta Corte Regional e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ SOBRE A SISTEMÁTICA DO CÁLCULO POR DENTRO.

Em que pese o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, sobre a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS (RE nº 574.706/PR), é certo que a mesma Suprema Corte, também em repercussão geral, possui julgado no qual reconhece a constitucionalidade do "cálculo por dentro", ou seja, de que é permitida a incidência do tributo sobre tributo. O E. STJ também possui entendimento de que "o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo" (RE nº 1144469/PR). Desse modo, não existindo julgamento posterior tanto do STF como do STJ, afastando a sistemática do "cálculo por dentro" do PIS e da COFINS sobre as suas mesmas bases de cálculo, é de rigor a reforma da decisão agravada. Agravo de instrumento provido."

(AI 5019900-63.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal MARLI MARQUES FERREIRA, TRF3 - 2ª Seção, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/12/2018) (grifei)

"APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA A TESE FIRMADA PELO STF NO RE 574.706. IMPOSSIBILIDADE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO A CONTA DE EVENTO FUTURO E INCERTO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÕES DIVERSAS. AUSÊNCIA DE TRANSLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, POIS O FATO GERADOR É O FATURAMENTO/RECEITA EMPRESARIAL. REPASSE APENAS DO ÔNUS FINANCEIRO. APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DE PIS/COFINS APENAS NA FORMA DA LEI. RECURSOS E REEXAME DESPROVIDOS.

[...]

5. Quanto ao PIS/COFINS incidente na cadeia operacional, a situação jurídica é diversa. O ICM e o ISS têm por fato gerador a circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF) e a prestação de serviços (art. 156, III, da CF), atos econômicos que comportam a translação (fática) do crédito tributário devido na operação para o adquirente da mercadoria ou do serviço, no momento da constituição da obrigação tributária. São tributos indiretos por excelência, exigindo-se inclusive o cumprimento dos requisitos previstos no art. 166 do CTN para que o contribuinte de direito possa titularizar o direito a eventual indébito. Precedentes.

6. Por seu turno, como regra geral, o PIS/COFINS incide sobre a receita/faturamento, elementos contábeis que não se exauram na operação em si, mas se formam no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações. Quando o adquirente da mercadoria ou serviço efetua o pagamento do valor faturado, não há propriamente transferência do encargo tributário – a exatidão da base de cálculo ainda será apurada, inclusive com outros elementos que não somente o resultado das vendas –, mas somente a composição de despesas na formação do preço para que o vendedor alcance o lucro empresarial.

7. Não há, em suma, translação propriamente dita do encargo tributário, mas o contumaz repasse do ônus financeiro da atividade empresarial para o consumidor de fato. Tanto é assim que as ações de repetição de indébitos daqueles tributos não se submetem ao art. 166 do CTN, salvo se existente modelo de incidência tributária por substituição, como na tributação do PIS/COFINS sobre combustíveis antes da entrada em vigor da Lei 9.990/00 e da alteração do art. 4º da Lei 9.718/98.

8. Não se permite segregar o PIS/COFINS de sua própria base de cálculo. Ainda que assim não fosse, é de se relembrar que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706 não afastou a possibilidade do cálculo por dentro na apuração de tributos, mantendo-se incólume a jurisprudência em contrário. Garante-se à impetrante somente o aproveitamento dos créditos escriturados de PIS/COFINS na forma da lei, enquanto benefício instituído justamente para reduzir a carga tributária na cadeia de operações, já que o art. 195, § 12, da CF deixa ao alvedrio da Lei o escopo do regime não cumulativo daquelas contribuições. Não há que se falar, portanto, em direito à diferença resultante da não aplicação da Taxa SELIC sobre os créditos escriturados, inexistente o direito à exclusão do PIS/COFINS da base de cálculo das próprias contribuições."

(AC 5002171-57.2017.4.03.6100, Relator Desembargador Federal JOHONSOMDI SALVO, TRF3 - Sexta Turma, Publicação DJE 10.12.2018) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE.

1. A base de cálculo do PIS e da COFINS é o valor total do faturamento ou da receita da pessoa jurídica, na qual incluem-se os tributos sobre ela incidentes, nos termos do art. 12, § 5º, do Decreto-Lei nº 1.598/77.

2. Descabida a simples aplicação do posicionamento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, sob o regime de repercussão geral, uma vez que se trata de discussão envolvendo tributo diverso, qual seja a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Em processos subjetivos, o que se julga é a exigência tributária concreta, não uma tese abstrata.

3. É permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção legal. Inteligência do RE 582461, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, e do Resp 1144469/PR, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/08/2016.”

(AC 5000842-35.2018.4.04.7203, Relator ROGERA UPPRIOS, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, Data da Decisão: 10/10/2018) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PARA PIS E COFINS SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO, CÁLCULO POR DENTRO.

As contribuições para PIS e COFINS compõem as suas próprias bases de cálculo. Essas contribuições não têm em sua constituição modelar a expectativa de não-cumulatividade atribuída ao ICMS.”

(AC 5024285-90.2018.4.04.0000, Relator MARCELO DE NARDI, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, Data da Decisão: 12/12/2018) (grifei)

A propósito colho recente julgado proferido pelo STF, de que os ingressos na receita e faturamento da empresa, ainda que com mero trânsito para posterior saída, não desfiguram os conceitos constitucional (artigo 195, I, "b") e legal (artigo 100, CTN, e artigo 12, § 5º do Decreto-Lei 1.598/1977) atrelados à hipótese de incidência do PIS/COFINS, *verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO OU RECEITA BRUTA. ENQUADRAMENTO.

1. A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que a receita bruta e o faturamento, para fins de definição da base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, referentes ao exercício da atividades empresariais. Precedentes.

2. A análise da controvérsia acerca do enquadramento da receita obtida com as multas de trânsito e outros para fins de inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS cinge-se ao âmbito infraconstitucional.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STF, 2ª Turma, ARE n.º 1.210.308, Rel. Min. Edson Fachin, DJE de 11.12.2019).

Ainda, o art. 145, § 1º, da Constituição Federal, deve ser visto com ressalvas, pois o caráter pessoal dos impostos, com alíquotas progressivas, não é obrigatório, podendo ser eleitas, pelo legislador, bases reais de tributação e, no caso das contribuições em análise, a apuração das respectivas bases de cálculo com a inclusão do próprio valor do PIS e da COFINS, na conformação de receita ou faturamento pela técnica do “cálculo por dentro”, o que não se confere caráter confiscatório à tributação, tampouco fere os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva.

Desse modo, afigurando-se legítima a incidência de tributo sobre tributo, e não havendo determinação legal ou decisão vinculante que exclua as contribuições PIS e COFINS de suas próprias bases de cálculo, o caso é de rejeição de tal pedido.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO DO RE 574706.

1. Cabe ao relator do processo submetido à repercussão geral determinar a suspensão dos feitos em trâmite nas instâncias inferiores, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil. Ainda, não fora determinada a suspensão nacional dos processos que tratam da inclusão do PIS e da COFINS na própria base de cálculo, sendo certo que o efeito suspensivo delimitado no atual Código de Processo Civil é *ope iuris* não *ope legis*, razão pela qual, enquanto o relator do recurso extraordinário não determinar tal efeito, este não subsiste.

2. Não há falar em sobrestamento do feito em virtude da afetação do tema à sistemática de repercussão geral pelo STF no RE n.º 1.233.096.

3. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado “cálculo por dentro”, ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhecera a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.

4. Em recente julgado proferido pelo STF, ficou assentado que os ingressos na receita e no faturamento da empresa, ainda que com mero trânsito para posterior saída, não desfiguram os conceitos constitucional (artigo 195, I, "b") e legal (artigo 100, CTN, e artigo 12, § 5º do Decreto-Lei 1.598/1977) atrelados à hipótese de incidência do PIS/COFINS.

5. O art. 145, § 1º, da Constituição Federal, deve ser visto com ressalvas, pois o caráter pessoal dos impostos, com alíquotas progressivas, não é obrigatório, podendo ser eleitas, pelo legislador, bases reais de tributação e, no caso das contribuições em análise, a apuração das respectivas bases de cálculo com a inclusão do próprio valor do PIS e da COFINS, na conformação de receita ou faturamento pela técnica do “cálculo por dentro”, o que não se confere caráter confiscatório à tributação, tampouco fere os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva.

6. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000586-02.2010.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: SHEILA CRISTINA PRATTI RODRIGUES MOURA

Advogado do(a) APELANTE: LUCIO SOARES LEITE - SP288006-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000586-02.2010.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: SHEILA CRISTINA PRATTI RODRIGUES MOURA

Advogado do(a) APELANTE: LUCIO SOARES LEITE - SP288006-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Sheila Cristina Pratti Rodrigues Moura** contra a r. sentença que julgou improcedente a ação ajuizada contra a **União**.

O juízo *a quo* reconheceu que descabe ao Poder Judiciário realizar a correção monetária das tabelas de isenção e aplicação de alíquotas progressivas do imposto de renda pessoa física, em primazia ao princípio da separação de poderes.

Sua Excelência, ainda, condenou a apelante nos honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), suspensos, nos termos da Lei nº 1.060/50.

A apelante alega, em síntese, que é de rigor a correção monetária das tabelas de isenção e de aplicação das alíquotas progressivas do imposto de renda pessoa física, em primazia aos princípios da isonomia, propriedade e da capacidade contributiva, a fim de que a incidência ocorra em conformidade com a efetiva renda do contribuinte, não se levando em conta a tributação de parcela do patrimônio que se demonstra como isento, em razão da aplicação do índice inflacionário sobre os patamares das alíquotas progressivas e da referida isenção.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000586-02.2010.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: SHEILA CRISTINA PRATTI RODRIGUES MOURA

Advogado do(a) APELANTE: LUCIO SOARES LEITE - SP288006-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A questão não merece maiores debates, visto que o e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade e a legalidade das tabelas de incidência e dedução do imposto de renda da pessoa física, sem a incidência da revisão perpetrada pelo apelante, confira-se:

"Agravo regimental no recurso extraordinário. Imposto de Renda Pessoa Física. Correção monetária da tabela. Lei nº 9.250/95. Precedente do Plenário. 1. Ao apreciar o mérito do recurso extraordinário nº 388.312, Relatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 11/10/11, o Pleno da Corte entendeu que a correção da tabela progressiva do imposto de renda não afronta os princípios da proibição do confisco ou da capacidade contributiva, bem como que o Poder Judiciário não pode impor atualização monetária na ausência de previsão legal, uma vez que isso é afeto aos Poderes Executivo e Legislativo. 2. Agravo regimental não provido."

(RE 385337 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 06-09-2013 PUBLIC 09-09-2013)

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ECONÔMICO. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS TABELAS DO IMPOSTO DE RENDA. LEI N. 9.250/1995. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR E CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DO NÃO CONFISCO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, A ELE NEGADO PROVIMENTO. 1. Ausência de prequestionamento quanto à alegação de inconstitucionalidade formal da Lei n. 9.250/1995 por contrariedade ao art. 146, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. A vedação constitucional de tributo confiscatório e a necessidade de se observar o princípio da capacidade contributiva são questões cuja análise dependem da situação individual do contribuinte, principalmente em razão da possibilidade de se proceder a deduções fiscais, como se dá no imposto sobre a renda. Precedentes. 3. Conforme jurisprudência reiterada deste Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário autorizar a correção monetária da tabela progressiva do imposto de renda na ausência de previsão legal nesse sentido. Entendimento cujo fundamento é o uso regular do poder estatal de organizar a vida econômica e financeira do país no espaço próprio das competências dos Poderes Executivo e Legislativo. 4. Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, a ele negado provimento."

(RE 388312, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011, DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENTVOL-02605-01 PP-00133)

No mesmo sentido é a jurisprudência desta Turma e deste Tribunal, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CPC. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DAS TABELAS DO IMPOSTO DE RENDA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO."

1. A correção da tabela progressiva do Imposto de Renda Pessoa Física é matéria reservada à lei, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer regras, substituindo o legislador em matéria de sua estrita competência e em afronta ao princípio da separação dos poderes.

2. Agravo legal improvido."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0013626-51.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 12/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/09/2013)

"AGRAVO LEGAL. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. TABELA PROGRESSIVA. CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPLANTAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE."

1. Partindo-se da premissa de que a correção monetária dos valores vincula-se necessariamente ao princípio da estrita legalidade, esposado no art. 97 do CTN, não pode o Poder Judiciário, em substituição ao Poder Legislativo, invadir seu âmbito de competência para estabelecer a UFIR como índice de correção monetária das tabelas de Imposto de Renda - Pessoa Física, vedando-se, conseqüentemente, ao contribuinte a utilização de indexador que lhe pareça economicamente mais favorável.

2. Não há que se falar em violação aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, visto que estas somente se configurariam caso a base de cálculo do Imposto de Renda - Pessoa Física não estivesse estabelecida em lei.

3. Os tributos, segundo o art. 145, § 1º da Constituição Federal serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Desse modo, seria violado o princípio da capacidade contributiva apenas se o tributo em questão extrapolasse as forças econômicas do sujeito passivo da relação tributária. Verifico, contudo, que os contribuintes são tributados, in casu, na medida de suas possibilidades, através da progressividade da exação.

4. O imposto em tela não é, ainda, utilizado com efeito de confisco através da atividade fiscal do Governo, visto que tal cobrança não tem o condão de esgotar os bens do contribuinte. Muito menos ofende o princípio da igualdade a ausência de reajuste da tabela de deduções do Imposto de Renda - Pessoa Física, já que a conseqüência da realização da hipótese tributária é igual para todos os contribuintes envolvidos.

5. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

6. Agravo legal improvido."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0016431-89.2001.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 22/11/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/11/2012)

"DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AÇÃO ORDINÁRIA. TABELA DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO."

1. O autor pretende efetivamente é garantir a correção monetária dos limites de dedução na tabela do imposto de renda, com base na UFIR, para que as retenções, na fonte, sejam adequadas, com as respectivas deduções.

2. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que a correção monetária de tabelas do Imposto de Renda somente é possível por lei, não podendo ser tal atividade legislativa substituída por mera revisão judicial, em face do princípio da legalidade, e da separação dos Poderes.

3. Agravo inominado desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0002195-94.2009.4.03.6119, Rel. JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, julgado em 17/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/10/2013)

"APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TABELAS DO IMPOSTO DE RENDA. CORREÇÃO. LEI Nº 9.250/95. UFIR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LEI. NÃO ATRIBUIÇÃO DE VALOR À CAUSA."

[...]

5. A Lei nº 9.250/95 estabeleceu a base de cálculo para retenção na fonte do Imposto de Renda de Pessoa Física e determinou, em seu artigo 2º, a conversão em Reais dos valores anteriormente expressos em UFIR com base nesta unidade de valor fixada em 1º de janeiro de 1996. Este é o único critério de conversão/correção previsto no referido diploma e que atua, na realidade, como um desindexador econômico.

6. Como a correção monetária em matéria tributária reclama a preexistência de permissivo legal, corolário do princípio da legalidade, não há que se cogitar da implementação de outras formas de indexação, seja pela variação da UFIR ou de qualquer outro índice, se não antevistas pela legislação aplicável, pois os fenômenos econômicos ingressam no mundo jurídico somente em razão da existência de dispositivos legais que disciplinam a matéria.

7. A função do Judiciário é solucionar os conflitos à luz da legislação vigente mediante a adequação dos fatos à norma, jamais substituir o legislador em sua função normativa. Aliás, o Judiciário pode, quando muito e se necessário, legislar negativamente e, deste modo, afastar as normas que não interagem com o sistema jurídico vigente, o que certamente não é o caso da matéria em questão.

8. Não subsiste o argumento de que a não atualização das tabelas de imposto de renda implicaria violação aos princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

9. *Improvemento da apelação e da remessa oficial, tida por interposta."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0013409-57.2000.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, julgado em 06/09/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/09/2012)

Destarte, não desrespeita o conceito de renda a utilização de tabela expressa em reais, mesmo que não contenha a previsão de atualização monetária. Por outro turno, não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo e corrigir as aludidas tabelas, em respeito ao princípio da separação dos poderes.

Assim, em razão do não reconhecimento do direito à correção das tabelas de incidência e dedução do imposto de renda nos moldes delineados pelo apelante, as demais questões suscitadas, quanto à repetição do indébito, exclusão do nome do apelante do cadastro de inadimplentes e da condenação da apelada em perdas e danos restam prejudicadas.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA – IRPF. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS TABELAS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. É defeso ao Poder Judiciário corrigir as tabelas progressivas do imposto de renda pessoa física, em respeito ao princípio da separação dos poderes. Precedentes do STF e do TRF da 3ª Região.
2. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003806-64.2013.4.03.6112

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: JORGE TOSHIO BABATA, INDUSTRIA E COMERCIO DE ARGAMASSAS SUPERGRUD LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: LUIS RICARDO SALLES - SP119665

Advogado do(a) APELANTE: LUIS RICARDO SALLES - SP119665

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003806-64.2013.4.03.6112

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: JORGE TOSHIO BABATA, INDUSTRIA E COMERCIO DE ARGAMASSAS SUPERGRUD LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: LUIS RICARDO SALLES - SP119665

Advogado do(a) APELANTE: LUIS RICARDO SALLES - SP119665

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação, em embargos à execução fiscal, deduzidos por Jorge Toshio Babata e Indústria e Comércio de Argamassas Suupergrud Ltda em face da União, aduzindo prescrição do crédito, prescrição para o redirecionamento ao sócio e impenhorabilidade do imóvel, por ser bem de família, único que possui e está locado em razão de desempenho profissional em outra cidade.

A r. sentença, ID 85150038 - Pág. 55, proferida sob a égide do CPC/1973, julgou improcedentes os embargos, asseverando que, conforme as provas que foram conduzidas ao processo, não ocorreu a prescrição, sendo o ônus de provar de quem alega, estando correto o valor dado aos embargos e não provada a natureza de bem de família, nem evidenciado o uso dos aluguéis em proveito do interessado. Sujeitou a parte embargante ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% do valor da causa.

Apelou o executado, ID 85150038 - Pág. 61, alegando, em síntese, ocorrência de prescrição, pois a interrupção somente ocorre com a citação do devedor, consignando que, quando citada a pessoa jurídica, já havia se passado pouco mais de cinco anos da formalização do crédito, vindicando por reconhecimento de bem de família.

Apresentadas as contrarrazões, ID 85150038 - Pág. 72, sem preliminares, subiram os autos a esta E. Corte.

Petição privada de 16/09/2019, ID 90394609, aduzindo foi marcado leilão do imóvel litigado (primeira hasta em 18/09/2019), pugnano por suspensão do certame e que outro não seja designado até a resolução da temática.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003806-64.2013.4.03.6112

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: JORGE TOSHIO BABATA, INDUSTRIA E COMERCIO DE ARGAMASSAS SUPERGRUD LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: LUIS RICARDO SALLES - SP119665

Advogado do(a) APELANTE: LUIS RICARDO SALLES - SP119665

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, sobre o "petitum" do ID 90394609, nenhuma deliberação comporta, porque o assunto deve ou deveria ser levado ao E. Juízo de Primeiro Grau, sob pena de supressão de instância.

Por sua vez, representa a prescrição elemento indispensável à estabilidade e consolidação das relações jurídicas ocorridas em sociedade, assegurando-lhes permanência, durabilidade e certeza no tempo, cuidando-se, inclusive, de matéria de ordem pública.

Deste modo, constatada será a ocorrência da prescrição, com observância do estabelecido pelo artigo 174 do CTN, ao se verificar a transgressão do lapso temporal fixado pelo referido dispositivo, qual seja, 05 (cinco) anos para a ação de cobrança do crédito tributário em comento, contados da data de sua formalização definitiva:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DEMORA PARA A PROPOSITURA. INEXISTÊNCIA DE CULPA DO MECANISMO JUDICIÁRIO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 106/STJ.

1. Encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que a prescrição para cobrança do crédito tributário ocorre em cinco anos contados da constituição definitiva, nos termos do caput do artigo 174 do CTN, sujeita à interrupção de acordo com as causas enunciadas no parágrafo único do mesmo dispositivo.

..."

(REO 00244968420024036182, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/05/2017)

Registre-se que "o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp.1.120.295/SP, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC firmou o entendimento de que, na cobrança judicial do crédito tributário, a interrupção do lustro prescricional operada pela citação válida (redação original do CTN) ou pelo despacho que a ordena (redação do CTN dada pela LC 118/2005) sempre retroage à data da propositura da ação (art. 219, § 1o. do CPC. c/c o art. 174, L, do CTN)", REsp 1642067/RS – frise-se que a LC 118/2005 entrou em vigor em 09/06/2005.

No caso concreto, conforme a r. sentença, sem arranhão pelo apelo ofertado, a formalização do crédito tributário ocorreu em 31/03/1997, acompanhada de pedido de parcelamento, tendo sido ajuizada a ação executiva em 25/03/2002, ID 85150037 - Pág. 29.

Consta da r. sentença que a pessoa jurídica foi citada por Edital na execução fiscal, tanto quanto asseverou o E. Juízo de Primeiro Grau “que a exequente se manteve sempre diligente no propósito de localizar e citar a empresa devedora”, ID 85150038 - Pág. 56/57.

Ou seja, conforme o Recurso Repetitivo acima indicado, com a citação promovida à pessoa jurídica, ocorreu a interrupção do prazo prescricional e tal retroagiu à data do ajuizamento, tempestivo que foi, conforme o histórico de marcos retro citado, não existindo provas em sentido contrário, sendo ônus do interessado provar as suas alegações, art. 333, inciso I, CPC.

Por sua vez, de acordo com o art. 1º da Lei 8.009/90, “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

Nos termos da Súmula 486, STJ, é “impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”.

Logo, não basta que o imóvel seja uno, devendo o interessado provar e demonstrar a utilização do fruto, já que nele não reside, para fins de subsistência ou para custeio de outra moradia, o que é irrealizado ao feito.

Com efeito, tal como sentenciado, não provou o particular que somente possui um imóvel, tanto quanto totalmente desconhecido o uso do dinheiro auferido a título de alugueres, pecando o interessado, visceralmente, em seu ônus de provar, mais uma vez aqui incidente o art. 333, inciso I, CPC vigente ao tempo dos fatos.

Ainda que assim não fosse, no derradeiro petição privado, violando o art. 16, § 2º, LEF, trouxe o particular uma certidão do Oficial de Registro de Imóveis de Cotia-SP, apontando a inexistência de imóvel registrado em nome de Jorge; todavia, a execução fiscal e o imóvel penhorado se situam na cidade Presidente Prudente-SP, ID 90394613 e ID Num. 90394615, portanto totalmente obscuro o tema bem de família, seja porque não provada a ausência de outros imóveis – ao que se extrai, de todo modo omite o particular sua situação patrimonial, diante da paupérrima instrução dos autos – seja porque não evidenciado o uso do dinheiro do aluguel para sustento próprio, portanto totalmente preclusa a possibilidade de o interessado produzir provas, prestigiando-se, por evidente, a segurança jurídica que deve pairar sobre a relação processual.

Ausentes honorários recursais, porque sentenciada a demanda sob a vigência do CPC anterior, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

Por conseguinte, em âmbito de prequestionamento, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, pelo improvidamento à apelação, na forma aqui estatuída.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA – BEM DE FAMÍLIA NÃO PROVADO – IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO PRIVADA

- 1 - Sobre o “*petitum*” do ID 90394609, nenhuma deliberação comporta, porque o assunto deve ou deveria ser levado ao E. Juízo de Primeiro Grau, sob pena de supressão de instância.
- 2 - Representa a prescrição elemento indispensável à estabilidade e consolidação das relações jurídicas ocorridas em sociedade, assegurando-lhes permanência, durabilidade e certeza no tempo, cuidando-se, inclusive, de matéria de ordem pública.
- 3 - Constatada será a ocorrência da prescrição, com observância do estabelecido pelo artigo 174 do CTN, ao se verificar a transgressão do lapso temporal fixado pelo referido dispositivo, qual seja, 05 (cinco) anos para a ação de cobrança do crédito tributário em comento, contados da data de sua formalização definitiva. Precedente.
- 4 - Registre-se que “o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp.1.120.295/SP, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC firmou o entendimento de que, na cobrança judicial do crédito tributário, a interrupção do lustro prescricional operada pela citação válida (redação original do CTN) ou pelo despacho que a ordena (redação do CTN dada pela LC 118/2005) sempre retroage à data da propositura da ação (art. 219, § 1o. do CPC. c/c o art. 174, L, do CTN)”, REsp 1642067/RS – fise-se que a LC 118/2005 entrou em vigor em 09/06/2005.
- 5 - Conforme a r. sentença, sem arranhão pelo apelo ofertado, a formalização do crédito tributário ocorreu em 31/03/1997, acompanhada de pedido de parcelamento, tendo sido ajuizada a ação executiva em 25/03/2002, ID 85150037 - Pág. 29.
- 6 - Consta da r. sentença que a pessoa jurídica foi citada por Edital na execução fiscal, tanto quanto asseverou o E. Juízo de Primeiro Grau “que a exequente se manteve sempre diligente no propósito de localizar e citar a empresa devedora”, ID 85150038 - Pág. 56/57.
- 7 - Conforme o Recurso Repetitivo acima indicado, com a citação promovida à pessoa jurídica, ocorreu a interrupção do prazo prescricional e tal retroagiu à data do ajuizamento, tempestivo que foi, conforme o histórico de marcos retro citado, não existindo provas em sentido contrário, sendo ônus do interessado provar as suas alegações, art. 333, inciso I, CPC.
- 8 - De acordo com o art. 1º da Lei 8.009/90, “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.
- 9 - Nos termos da Súmula 486, STJ, é “impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”.
- 10 - Não basta que o imóvel seja uno, devendo o interessado provar e demonstrar a utilização do fruto, já que nele não reside, para fins de subsistência ou para custeio de outra moradia, o que é irrealizado ao feito.
- 11 - Tal como sentenciado, não provou o particular que somente possui um imóvel, tanto quanto totalmente desconhecido o uso do dinheiro auferido a título de alugueres, pecando o interessado, visceralmente, em seu ônus de provar, mais uma vez aqui incidente o art. 333, inciso I, CPC vigente ao tempo dos fatos.
- 12 - Ainda que assim não fosse, no derradeiro petição privado, violando o art. 16, § 2º, LEF, trouxe o particular uma certidão do Oficial de Registro de Imóveis de Cotia-SP, apontando a inexistência de imóvel registrado em nome de Jorge; todavia, a execução fiscal e o imóvel penhorado se situam na cidade Presidente Prudente-SP, ID 90394613 e ID Num. 90394615, portanto totalmente obscuro o tema bem de família, seja porque não provada a ausência de outros imóveis – ao que se extrai, de todo modo omite o particular sua situação patrimonial, diante da paupérrima instrução dos autos – seja porque não evidenciado o uso do dinheiro do aluguel para sustento próprio, portanto totalmente preclusa a possibilidade de o interessado produzir provas, prestigiando-se, por evidente, a segurança jurídica que deve pairar sobre a relação processual.
- 13 - Ausentes honorários recursais, porque sentenciada a demanda sob a vigência do CPC anterior, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003996-24.2009.4.03.6126

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA IV REGIÃO

Advogado do(a) APELANTE: EDMILSON JOSE DA SILVA - SP120154-A

APELADO: MAURO FERNANDES DE SOUZA

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003996-24.2009.4.03.6126

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA IV REGIÃO

Advogado do(a) APELANTE: EDMILSON JOSE DA SILVA - SP120154-A

APELADO: MAURO FERNANDES DE SOUZA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação, em execução fiscal, ajuizada pelo Conselho Regional de Química – IV Região em face de Mauro Fernandes de Souza.

A r. sentença, lavrada sob a égide do CPC/2015, ID 85851091 - Pág. 67, extinguiu a execução, sem exame de mérito, considerando inconstitucional a cobrança de anuidade/multa sem observância ao princípio da legalidade, conforme decidido pelo Excelso Pretório. Sem honorários.

Embargos de declaração do exequente providos, firmando que o entendimento sentencial se aplica à multa, mantendo o anterior desfecho, ID 85851091 - Pág. 77.

Novos embargos de declaração do Conselho, improvidos, ID 85851091 - Pág. 84.

Apelou o Conselho, ID 85851091 - Pág. 88, alegando, em síntese, estar em cobrança multa por infração, a qual dotada de amparo legal, portanto não se aplica o quanto decidido pela Suprema Corte.

Não apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003996-24.2009.4.03.6126

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA IV REGIÃO

Advogado do(a) APELANTE: EDMILSON JOSE DA SILVA - SP120154-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Suprema Corte, por meio do RE 704292, Relator Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, pela sistemática da Repercussão Geral, assentou que “é inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos”.

Note-se, então, que o precedente qualificado cuida de anuidades.

No caso concreto, trata-se de multa administrativa por infração cometida, conforme a CDA, ID 85851091 - Pág. 5, não havendo de se aplicar o mesmo entendimento acerca do princípio da legalidade:

“EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. CREA-SP. MULTA ADMINISTRATIVA. INAPLICABILIDADE DO RE n° 704.292 DO STF. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo - CREA SP, contra a sentença proferida na execução fiscal ajuizada em face de Mira Assumpção Empreendimentos e Participações Ltda. O MM. Jutz de primeiro grau extinguiu o feito, nos termos dos artigos 485, IV, VI, 803, I, e 925, todos do Código de Processo Civil, por entender que está ausente a previsão legal para a cobrança dos valores, em decorrência do entendimento firmado perante o C. STF, pela sistemática da repercussão geral, quando do julgamento do RE 704.292.
2. No presente caso, trata-se de cobrança de multa administrativa, com fundamento no art. 59 da Lei de n.º 5.194/66, crédito de natureza não tributária, cuja natureza difere das anuidades devidas aos conselhos (CDA ID de n.º 45770559, página 04).
3. O entendimento firmado nos autos do RE 704.292/PR se amolda às contribuições de interesse das categorias profissionais, não sendo o caso de sua aplicação às multas administrativas ora em cobrança, em razão destas não terem sido objeto da decisão proferida pelo C. Supremo Tribunal Federal - STF.
4. Apelação provida.”
(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001308-49.2014.4.03.6115, Rel. Desembargador Federal DENISE APARECIDA AVELAR, julgado em 05/06/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 10/06/2020)

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE CLASSE. COBRANÇA DE MULTA PUNITIVA. AUSÊNCIA DO FUNDAMENTO LEGAL DA EXAÇÃO. NULIDADE DA CDA RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO.

...
- Considerada a natureza não tributária do crédito versado nos autos, consistente em multa punitiva, de natureza administrativa, decorrente do exercício do poder de polícia pelo conselho profissional, entende-se que não foi objeto da decisão proferida pelo S.T.F no RE n° 704.292/PR.
...
(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001785-04.2016.4.03.6115, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 12/05/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 18/05/2020)

Ademais, consta no título executivo previsão legal à autuação, assim a r. sentença comporta reforma, volvendo os autos à Origem, em regular trâmite de processamento.

Ausentes honorários recursais, por indevidos desde o Primeiro Grau, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

Por conseguinte, em âmbito de prequestionamento, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, pelo provimento à apelação, na forma aqui estatuída.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL – CONSELHO DE QUÍMICA – MULTA ADMINISTRATIVA – INAPLICABILIDADE DO RE N° 704.292, JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL – PROVIMENTO À APELAÇÃO

1 - A Suprema Corte, por meio do RE 704292, Relator Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, pela sistemática da Repercussão Geral, assentou que “é inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos”.

2 - Note-se, então, que o precedente qualificado cuida de anuidades.

3 - No caso concreto, trata-se de multa administrativa por infração cometida, conforme a CDA, ID 85851091 - Pág. 5, não havendo de se aplicar o mesmo entendimento acerca do princípio da legalidade. Precedentes.

4 - Consta no título executivo previsão legal à autuação, assim a r. sentença comporta reforma, volvendo os autos à Origem, em regular trâmite de processamento.

5 - Ausentes honorários recursais, por indevidos desde o Primeiro Grau, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

6 - Provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0017216-47.2011.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: LAURO MENDES DE ALMEIDA - ME, LAURO MENDES DE ALMEIDA

Advogado do(a) APELANTE: CINTYA GOMES DA SILVA - SP347828-A

Advogado do(a) APELANTE: CINTYA GOMES DA SILVA - SP347828-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0017216-47.2011.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: LAURO MENDES DE ALMEIDA - ME, LAURO MENDES DE ALMEIDA

Advogado do(a) APELANTE: CINTYA GOMES DA SILVA - SP347828-A

Advogado do(a) APELANTE: CINTYA GOMES DA SILVA - SP347828-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por LAURO MENDES DE ALMEIDA – ME em face da r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal.

Pugna a apelante a reforma da r. sentença alegando a prescrição dos débitos exequendos; a nulidade e iliquidez da CDA; a impossibilidade de aplicação da taxa SELIC; a ilegalidade da cobrança dos juros de mora; e, a inconstitucionalidade do encargo previsto no Decreto-lei 1.025/69.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0017216-47.2011.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: LAURO MENDES DE ALMEIDA - ME, LAURO MENDES DE ALMEIDA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Certidão de Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez, sendo ônus do sujeito passivo fazer prova inequívoca de sua nulidade. Na espécie, as Certidões de Dívida Ativa apresentam a fundamentação legal necessária à verificação da origem da dívida, dos seus valores principais e a forma de calcular os encargos legais, de modo que a mera afirmação da ocorrência de irregularidades não é argumento suficiente para desconstituir sua intrínseca presunção de certeza e liquidez.

Ademais, a forma de cálculo do principal e dos consectários (juros, multa e correção monetária) também se encontra estampada no título executivo em apreço, consoante fundamentação legal, porquanto decorre de lei.

No caso em tela, não ocorreu a prescrição, pois conforme se extrai da súmula 436 do C. Superior Tribunal de Justiça, considera-se a data da entrega da DCTF (17/11/1999), como o marco inicial para contagem do prazo prescricional de cinco anos previsto no caput do artigo 174 do Código Tributário Nacional. Considerando que a execução foi ajuizada em 26/10/2004, e o entendimento do REsp 1.120.295, segundo o qual "o CPC, no § 1º de seu art. 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que significa dizer que, em Execução Fiscal para cobrança de créditos tributários, o marco interruptivo da prescrição, atinente à citação pessoal feita ao devedor (quando aplicável a redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN) ou ao despacho do juiz que ordena a citação (após a alteração do art. 174 do CTN pela Lei Complementar 118/2005), retroage à data do ajuizamento da execução, que deve ser proposta dentro do prazo prescricional", tem-se que o confrontar das datas espanca a alegação da prescrição.

No que diz respeito à Taxa Selic, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp. 879.844/MG, de relatoria do eminente Ministro LUIZ FUX, DJe 25.11.2009, mediante o procedimento previsto no art. 543-C do CPC/1973 (recursos repetitivos), concluiu pela legalidade da sua utilização como índice de correção monetária e juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. ANÁLISE DE NULIDADE DA CDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. UTILIZAÇÃO DA TAXA SELIC SOBRE OS DÉBITOS PARA COM A FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A via estreita do Recurso Especial exige a demonstração inequívoca da ofensa ao dispositivo inquinado como violado, bem como a sua particularização, a fim de possibilitar o seu exame em conjunto com o decidido nos autos, sendo certo que a falta de indicação dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados caracteriza deficiência de fundamentação, em conformidade com o Enunciado Sumular nº 284 do STF.

2. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e juros de mora dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública (REsp 879.844/MG, DJe 25.11.2009, julgado sob o rito dos recursos repetitivos).

3. São cumuláveis os encargos da dívida relativos aos juros de mora, multa e correção monetária. Nota-se que o entendimento sufragado pelo Tribunal de origem está perfeitamente alinhado com o posicionamento do STJ sobre a matéria.

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

(REsp 1693592/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017)

Por fim, em relação ao Decreto 1.025/69, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento, inclusive em sede de recursos representativos da controvérsia, no sentido da legalidade e compatibilidade do encargo legal previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.025/69 com o Código de Processo Civil.

Nesse sentido, os acórdãos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. VALIDADE DA CDA. SÚMULA N. 7/STJ. DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO TRIBUTÁRIA E NÃO TRIBUTÁRIA. APURAÇÃO, INSCRIÇÃO E COBRANÇA JUDICIAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DE PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. ENCARGO LEGAL. DECRETO-LEI N. 1.025/67. COMPATIBILIDADE COM O CPC. JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. POSSIBILIDADE. ART. 9º, § 10, DA LEI Nº 9.249/95. (...) 4. Está assentado na jurisprudência deste STJ, inclusive em sede de recursos representativos da controvérsia, a legalidade e a compatibilidade do encargo legal previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.025/69 com o Código de Processo Civil. Precedentes representativos da controvérsia: REsp. n. 1.143.320 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010; REsp. n. 1.110.924 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 10.6.2009. (...) 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1307984/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. NULIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. JUROS. TAXA SELIC. LEGALIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A Certidão de Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez, sendo ônus do sujeito passivo fazer prova inequívoca de sua nulidade. As Certidões de Dívida Ativa apresentam a fundamentação legal necessária à verificação da origem da dívida, dos seus valores principais e a forma de calcular os encargos legais, de modo que a mera afirmação da ocorrência de irregularidades não é argumento suficiente para desconstituir sua intrínseca presunção de certeza e liquidez.

2. conforme se extrai da súmula 436 do C. Superior Tribunal de Justiça, considera-se a data da entrega da DCTF (17/11/1999), como o marco inicial para contagem do prazo prescricional de cinco anos previsto no caput do artigo 174 do Código Tributário Nacional. Considerando que a execução foi ajuizada em 26/10/2004, e o entendimento do REsp 1.120.295, segundo o qual "o CPC, no § 1º de seu art. 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que significa dizer que, em Execução Fiscal para cobrança de créditos tributários, o marco interruptivo da prescrição, atinente à citação pessoal feita ao devedor (quando aplicável a redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN) ou ao despacho do juiz que ordena a citação (após a alteração do art. 174 do CTN pela Lei Complementar 118/2005), retroage à data do ajuizamento da execução, que deve ser proposta dentro do prazo prescricional", tem-se que o confrontar das datas espanca a alegação da prescrição.

3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e juros de mora dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública (REsp 879.844/MG, DJe 25.11.2009, julgado sob o rito dos recursos repetitivos).

4. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento, inclusive em sede de recursos representativos da controvérsia, no sentido da legalidade e compatibilidade do encargo legal previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.025/69 com o Código de Processo Civil.

5. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5025046-50.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: BOXNET SERVICOS DE INFORMACOES LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5025046-50.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: BOXNET SERVICOS DE INFORMACOES LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por BOXNET SERVIÇOS DE INFORMAÇÕES LTDA. em face de ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO/SP - DERAT, a fim de não recolher as contribuições para o INCRA, SEBRAE, SESC, SENAC e SALÁRIO-EDUCAÇÃO. Segundo alega, as contribuições para o INCRA, SEBRAE, SESC, SENAC e SALÁRIO-EDUCAÇÃO calculadas sobre a folha de salário, possuem natureza interventiva do domínio econômico, devendo seguir a limitação constitucional estabelecida no § 2º do artigo 149 para a cobrança, portanto a partir da EC nº 33/2001 não houve recepção das exações sobre a folha de salário das empresas. Consequentemente, requer, ao final, seja julgado procedente o mandado de segurança, reconhecendo-se o direito de não recolher as exações, objeto do presente mandamus, bem como seja declarado o direito a compensação das contribuições, objeto da presente impetração, recolhidas indevidamente aos cofres públicos, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, inclusive contribuições previdenciárias. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.859.462,36 (um milhão, oitocentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e dois reais e trinta e seis centavos).

A liminar foi indeferida (ID 138505739).

O Delegado da Receita Federal prestou informações (ID 138505747).

A Sentença denegou a segurança, por entender inexistir violação a direito líquido e certo da parte impetrante. Consequentemente, determinou as custas na forma da lei, bem como deixou de condenar em honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 (ID 138505750).

Apela a impetrante, pugnano pela reforma da Sentença, sustentando que as contribuições, objeto da presente impetração, possuem natureza de intervenção no domínio econômico. Por outro lado, alega que possui direito líquido e certo de não recolher as contribuições ao INCRA, SEBRAE, SESC, SENAC e SALÁRIO-EDUCAÇÃO incidentes sobre a folha de salários, em face da inadequação de sua base de cálculo com as bases econômicas previstas no artigo 149 da CF/88 após o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001. Por fim, requer que seja autorizada a compensação das contribuições, objeto da presente impetração, recolhidas indevidamente aos cofres públicos, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (ID 138505754).

A União apresentou contrarrazões de apelação, requerendo o não provimento do recurso (ID 138505761).

Vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal apresentou manifestação pelo regular prosseguimento do feito (ID 138740076).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5025046-50.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: BOXNET SERVICOS DE INFORMACOES LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de mandado de segurança visando o não recolhimento das contribuições para o INCRA, SEBRAE, SESC, SENAC e SALÁRIO-EDUCAÇÃO calculadas sobre a folha de salário.

Inicialmente, assinalo que como advento da Lei nº 11.457/2007, as atividades referentes a tributação, fiscalização e arrecadação das contribuições para o INCRA, SEBRAE, SESC, SENAC e SALÁRIO-EDUCAÇÃO foram transferidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Nesse passo, assevero que as contribuições, objeto da presente impetração, possuem a função de desenvolvimento das respectivas áreas.

Por outro lado, observo que o egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 396.266, relatado pelo Ministro CARLOS VELLOSO, em 26/11/2003 e publicado no DJe de 27/02/2004, decidiu que a contribuição ao SEBRAE possui natureza de intervenção no domínio econômico e é constitucional, julgado que transcrevo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8o, § 3o. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4o.

I. – As contribuições do art. 149, C.F. – contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas – posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4o, C.F., decorrente de 'outras fontes', é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4o. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.

II. – A contribuição do SEBRAE – Lei 8.029/90, art. 8o, § 3o, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 – é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1o do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F.

III. – Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3o, do art. 8o, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003.

IV. – R.E. conhecido, mas improvido. (RE no 396266, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 26-11-2003, DJ 27-02-2004).

Nesse passo, assevero que a Emenda Constitucional 33/01 introduziu o § 2º ao artigo 149 da Constituição Federal, que passou a ter o seguinte texto:

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

Contudo, o caput do citado artigo permaneceu sem alteração e com a mesma redação da Constituição de 1988, sendo a base das exações do INCRA, SEBRAE, SESC, SENAC e SALÁRIO-EDUCAÇÃO. Ocorre que, as limitações introduzidas pela EC 33/2001 no § 2º do artigo 149 da Constituição Federal encontram-se no tempo verbal futuro, portanto tem a função de vincular o futuro legislador quando da criação de novas exações. Logo, não se pode falar de revogação expressa ou tácita das contribuições sociais, bem como não recepção. O egrégio Supremo Tribunal Federal apreciou a questão sob a ótica da contribuição ao SEBRAE, entendimento que se aplica a todas contribuições objeto da presente ação, cuja ementa transcrevo:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. SUBSISTÊNCIA APÓS O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2001 (ARTIGO 149, § 2º, III, A, DA CONSTITUIÇÃO). MATÉRIA QUE AGUARDA EXAME SOB O ENFOQUE DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 325. RE 603.624. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. EMBARGOS PROVIDOS COM EXCEPCIONAIS EFEITOS INFRINGENTES. DEVOLUÇÃO DO FEITO À ORIGEM (ARTIGO 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO RISTF).

(AI 849045 Agr-ED, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 09-10-2017 PUBLIC 10-10-2017)

Em relação ao RE 603.624/SC, que trata das contribuições para terceiros, observo que o egrégio Supremo Tribunal Federal atribuiu, em 21/10/2010, repercussão geral ao citado recurso. Contudo, em 23/09/2020, o plenário do Pretório Excelso, apreciando o tema 325, negou provimento ao RE 603.624/SC, tendo por maioria fixado a tese de que "As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001". Tendo em vista, o citado resultado do julgamento do RE 603.624/SC, que possui repercussão geral, apesar de ainda não haver publicação do Acórdão, a matéria encontra-se definitivamente decidida, impossibilitando entendimento diverso, portanto se aplica as contribuições objeto da presente ação.

Por fim, assinalo que não desconheço o fato de que, novamente, a questão da constitucionalidade das contribuições ao INCRA está sendo submetida ao egrégio Supremo Tribunal Federal, agora sob a sistemática da repercussão geral. Tal análise é objeto dos RE 630.898, que ainda não foi julgado e não suspendeu o julgamento dos demais feitos como mesmo objeto.

Desta feita, demonstrada a legalidade e constitucionalidade das exações, objeto da presente impetração, fica prejudicado o pedido de compensação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo o julgado contido na sentença.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO – EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2001 – CONTRIBUIÇÕES PARA O INCRA, SEBRAE, SESC, SENAC e SALÁRIO-EDUCAÇÃO – LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

1. A Emenda Constitucional 33/2001 introduziu o § 2º do artigo 149 da Constituição Federal.
2. O caput do artigo 149 da Constituição Federal permaneceu sem alteração e com a mesma redação da Constituição de 1988, sendo a base das exações do INCRA, SEBRAE, SESC, SENAC e SALÁRIO-EDUCAÇÃO.
3. As limitações introduzidas pela EC 33/2001 no § 2º do artigo 149 da Constituição Federal encontram-se no tempo verbal futuro, portanto tem a função de vincular o futuro legislador quando da criação de novas exações.
4. Em relação ao RE 603.624/SC, que trata das contribuições para terceiros, observo que o egrégio Supremo Tribunal Federal atribuiu, em 21/10/2010, repercussão geral ao citado recurso. Contudo, em 23/09/2020, o plenário do Pretório Excelso, apreciando o tema 325, negou provimento ao RE 603.624/SC, tendo por maioria fixado a tese de que "As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001". Tendo em vista, o citado resultado do julgamento do RE 603.624/SC, que possui repercussão geral, apesar de ainda não haver publicação do Acórdão, a matéria encontra-se definitivamente decidida, impossibilitando entendimento diverso, portanto se aplica a contribuição objeto da presente ação.
5. Novamente, a questão da constitucionalidade das contribuições ao INCRA está sendo submetida ao egrégio Supremo Tribunal Federal, agora sob a sistemática da repercussão geral. Tal análise é objeto dos RE 630.898, respectivamente, que ainda não foi julgado e não suspendeu o julgamento dos demais feitos como o mesmo objeto.
6. Demonstrada a legalidade e constitucionalidade das exações, objeto da presente impetração, fica prejudicado o pedido de compensação.
7. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, mantendo o julgado contido na sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000006-16.2018.4.03.6128

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: ESTAMPARIA SALETE LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: LUMY MIYANO MIZUKAWA - SP157952-A, RENATO LUIZ FRANCO DE CAMPOS - SP209784-A, TATIANA MIYANO BALDUINO - SP374650-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000006-16.2018.4.03.6128

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: ESTAMPARIA SALETE LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: LUMY MIYANO MIZUKAWA - SP157952-A, RENATO LUIZ FRANCO DE CAMPOS - SP209784-A, TATIANA MIYANO BALDUINO - SP374650-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por ESTAMPARIA SALETE LTDA em face de ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JUNDIAÍ/SP, SESI e SENAI, a fim de não recolher as contribuições para o SESI e SENAI calculadas sobre a folha de salário. Segundo alega, as contribuições para o, calculadas sobre a folha de salário, possuem natureza interventiva do domínio econômico, devendo seguir a limitação constitucional estabelecida para a cobrança no § 2º do artigo 149, portanto a partir da EC nº 33/2001 não houve recepção das exações sobre a folha de salário das empresas. Desta feita, requer, ao final, seja julgado procedente o mandado de segurança, para que seja reconhecido o direito de não recolher as exações, objeto do presente *mandamus*. Consequentemente, pede que seja declarado o direito a compensação/restituição das contribuições recolhidas nos últimos 5 (cinco) anos para o SESI e SENAI, cujos valores deverão ser corrigidos pela taxa SELIC, com os demais tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal. Atribuído à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Em decisão de 11/01/2018, foi afastada a necessidade da integração das autoridades terceirizadas ao polo passivo da ação, bem como foi indeferida a medida liminar (ID 3637735).

A Sentença denegou a segurança, uma vez que reconheceu a constitucionalidade das contribuições devidas ao SESI e SENAI. Por fim, determinou as custas na forma da lei, deixando de fixar condenação em honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 (ID 3637747).

Apela a impetrante, pugnano pela reforma da Sentença, sustentando a necessidade de formação de litisconsórcio passivo, com a integração do SESI e do SENAI ao feito. Por outro lado, alega, que as contribuições ao SESI e SENAI possuem natureza de intervenção no domínio econômico, devendo seguir a limitação constitucional estabelecida para a cobrança no § 2º do artigo 149, portanto a partir da EC nº 33/2001 não houve recepção das exações. Desta feita, requer, ao final, seja julgado procedente o mandado de segurança, para que seja reconhecido o direito de não recolher as exações, objeto do presente *mandamus*. Consequentemente, pede que seja declarado o direito a compensação/restituição das contribuições recolhidas nos últimos 5 (cinco) anos para o SESI e SENAI, cujos valores deverão ser corrigidos pela taxa SELIC, com os demais tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal (ID 36337757).

A União apresentou contrarrazões de apelação, requerendo o não provimento do recurso (ID 3637761).

Vieramos autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal apresentou manifestação pelo não provimento do recurso de apelação (ID 4600981).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000006-16.2018.4.03.6128

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: ESTAMPARIA SALETE LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: LUMY MIYANO MIZUKAWA - SP157952-A, RENATO LUIZ FRANCO DE CAMPOS - SP209784-A, TATIANA MIYANO BALDUINO - SP374650-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de mandado de segurança visando o não recolhimento das contribuições para o SESI e SENAI calculadas sobre a folha de salário.

Inicialmente, analiso a questão da necessidade das entidades terceirizadas SESI e SENAI integrarem o polo passivo da ação, formando litisconsórcio.

Nesse passo assinalo que com o advento da Lei nº 11.457/2007, as atividades referentes a tributação, fiscalização e arrecadação das contribuições para o SESI e SENAI foram transferidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, ou seja, o polo passivo, após a Lei nº 11.457/2007, nas ações de mandado de segurança/repetição de indébito, deve ser integrado pela autoridade coatora/União Federal, representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, sendo que tal entendimento foi sintetizado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1462327, relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, publicado em 20/10/2016, cuja decisão transcrevo:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.462.327 - RS (2014/0149641-0)

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR0000000

RECORRIDO : ABASTECEDORA DE COMBUSTÍVEIS EDITH GUIOMAR LTDA

ADVOGADOS : FRANK GIULIANI KRAS BORGES E OUTRO(S) - RS048084

MARK GIULIANI KRÁS BORGES - RS050889

CARLOS DUARTE JÚNIOR - RS052776

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E DE TERCEIROS. ENTIDADES INTEGRANTES DO 'SISTEMA S'.

Inexiste qualquer vínculo jurídico entre as entidades integrantes do 'Sistema S' e o contribuinte. Aquelas possuem, no máximo, interesse jurídico reflexo, o que apenas autoriza a intervenção como assistentes simples, visto que a situação discutida nestes autos materializa hipótese em que se admite ingresso de terceiro no feito afirmando-se titular de relação jurídica conexa àquela que está em discussão.

Contudo, referidas entidades não se constituem partes, não são litisconsortes e, muito menos, litisconsortes necessários. Descabido o reconhecimento do litisconsórcio passivo necessário nas ações em se discute a base de cálculo das contribuições previdenciárias e de seus adicionais, posto que acarrete extrema dificuldade para o processamento destas ações, tornando obrigatória a realização de mais de uma dezena de intimações para cada ato que envolva o direito dos ocupantes dos dois pólos processuais.

No presente recurso especial, o recorrente alega violação dos arts.

47 do CPC e 8º da Lei n. 8.029/90.

Sustenta, em síntese, que as entidades destinatárias das contribuições previdenciárias repassadas a terceiros (INCRA, SESI, SESC, SENAI, SENAC E SEBRAE) deveriam compor o polo passivo da presente demanda judicial, mediante a formação de litisconsórcio passivo necessário, sob pena de suposta violação ao art. 47 do CPC/73.

Apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão recorrido.

E o relatório. Decido.

Como a decisão recorrida foi publicada sob a égide da legislação processual civil anterior, observam-se em relação ao cabimento, processamento e pressupostos de admissibilidade dos recursos, as regras do Código de Processo Civil de 1973, diante do fenômeno da ultratividade e do Enunciado Administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça.

Primeiramente, percebe-se que após a promulgação da Lei n. 11.

457/2007, a qual deu origem a intitulada "Super Receita", a Fazenda Nacional centralizou a legitimidade passiva para contender acerca de contribuições previdenciárias repassadas a terceiros, mesmo que a União não seja a única afetada caso seja reconhecida a inexistência das referidas contribuições.

De fato, no que concerne à formação de litisconsórcio passivo necessário entre a União e as destinatárias finais das contribuições previdenciárias (INCRA, SESI, SESC, SENAI, SENAC E SEBRAE), esta Corte Superior possui jurisprudência dominante no sentido de que as entidades integrantes do denominado "Sistema S" não possuem legitimidade para, ao lado da Fazenda Nacional, compor o polo passivo de ações judiciais como a do caso sub judice, senão, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC.

INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS.

INCONFORMAÇÃO COM A TESE ADOTADA. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA A TERCEIROS. LEI 11.457/2007. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL.

CENTRALIZAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA FAZENDA NACIONAL.

EXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO. ACÓRDÃO DE CUNHO CONSTITUCIONAL.

1. Não há a alegada violação do art. 458 e 535 do CPC/73, uma vez que, fundamentadamente, o Tribunal de origem abordou as questões recursais, quais sejam, a legitimidade passiva do SEBRAE, da APEX-Brasil e da ABDI, bem como a exigibilidade da contribuição às referidas entidades.

2. Na verdade, no presente caso, a questão não foi decidida conforme objetivava o recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. Contudo, entendimento contrário ao interesse da parte não se confunde com ausência de fundamentação, menos ainda com omissão.

3. Com o advento da Lei 11.457/2007, as atividades referentes à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais vinculadas ao INSS (art. 2º), bem como as contribuições destinadas a terceiros e fundos, tais como SESI, SENAI, SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, APEX, ABDI, a teor de expressa previsão contida no art. 3º, foram transferidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão da União, cuja representação, após os prazos estipulados no seu art. 16, ficou a cargo exclusivo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para eventual questionamento quanto à exigibilidade das contribuições, ainda que em demandas que têm por objetivo a restituição de indébito tributário.

4. Quanto à exigibilidade das contribuições a terceiros, observa-se que o tema foi dirimido no âmbito estritamente constitucional, de modo a afastar a competência desta Corte Superior de Justiça para o deslinde do desiderato contido no recurso especial, pois a discussão sobre preceitos da Carta Maior cabe à Suprema Corte, ex vi do art. 102 da Constituição Federal.

5. O cunho eminentemente constitucional emprestado à demanda ressalta das próprias razões do especial, visto que os fundamentos do recurso aduzem tese de que, com o advento da Emenda Constitucional 33/2001, as leis, que anteriormente em este marco legitimavam a cobrança das contribuições, foram revogadas, enquanto as posteriormente editadas estariam evadidas de constitucionalidade. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp n. 1.583.458/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 15/04/2016) (grifos não constam do original) PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO REFERENTE À CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO INCRA. UNIÃO. LEGITIMIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.

1. O Poder Judiciário não está obrigado a emitir expresso juízo de valor a respeito de todas as teses e artigos de lei invocados pelas partes, bastando fazer uso de fundamentação adequada e suficiente para o julgamento da causa, o que, no acórdão recorrido, restou atendido pelo Tribunal de origem. Ausente a violação do art. 535 do CPC.

2. Para casos anteriores à Lei 11.457/2007, tanto o INCRA como o INSS devem figurar no polo passivo da ação em que se pleiteia a inexistência da contribuição adicional ao INCRA: a autarquia agrária, por ser a destinatária da exação, e a autarquia previdenciária, por ser a responsável pelo lançamento, arrecadação e fiscalização da dita contribuição anteriormente à referida lei.

Precedentes citados.

3. Com o advento da Lei n.º 11.457/2007, as atribuições referentes à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento da contribuição ao INCRA passaram a ser da Receita Federal do Brasil.

Outrossim, como o débito original e seus acréscimos legais, relativos à contribuição social em questão, passaram a constituir, nos termos do art. 16 da Lei 11.457/2007, dívida ativa da União, também foi transferida à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN a representação judicial da União nas ações em que se questiona a exigibilidade de tal contribuição. Destarte, impõe-se o reconhecimento da legitimidade passiva da União em demandas que também têm por objeto a restituição do indébito tributário.

4. Recurso especial do INCRA parcialmente conhecido e, nessa parte, provido parcialmente para anular os atos posteriores à citação a fim de que a União seja citada como litisconsorte passivo necessário, ficando prejudicadas as demais questões e o recurso especial das autoras. (REsp n. 1.265.333/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 26/02/2013) (grifos não constam do original) Ademais, todos os precedentes do Superior Tribunal de Justiça veiculados nas razões do recurso especial em apreço, os quais afirmam ser obrigatória a formação de litisconsórcio passivo necessário entre a União (Fazenda Nacional) e as mencionadas destinatárias finais das contribuições previdenciárias, são anteriores ao advento da Lei n. 11.457/2007, ou seja, não podem ser aplicados ao presente caso por estarem baseados em contexto normativo distinto.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RI/STJ, nego provimento ao recurso especial.

No mesmo sentido encontra-se o REsp 1839490/PE, relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 12/11/2019, publicado no DJE 19/12/2019, Ementa que transcrevo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI 11.457/2007. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ NO ERESp 1.619.954/SC.

1. Em recente análise da matéria, nos ERESp 1.619.954/SC, a Primeira Seção do STJ firmou a seguinte compreensão: "(...) não se verifica a legitimidade dos serviços sociais autônomos para constarem no polo passivo de ações judiciais em que são partes o contribuinte e o/a INSS/União Federal e nas quais se discute a relação jurídico-tributária e a repetição de indébito, porquanto aqueles (os serviços sociais) são meros destinatários de subvenção econômica" (Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 16.4.2019).

2. Na ocasião, a Min. Assusete Magalhães proferiu voto-vista esclarecendo que esse entendimento é também aplicável às contribuições ao salário-educação: "(...) Conquanto os acórdãos embargados cite dois precedentes de minha relatoria, de 2015, que admitem a legitimidade passiva do FNDE, ao lado da União, em ação de repetição de contribuição para o salário-educação, reexaminando detidamente o assunto, à luz da Lei 11.457, de 16/03/2007, e de toda a legislação que rege a matéria, especialmente as Instruções Normativas RFB 900/2008 e 1.300/2012, já revogadas, e a vigente Instrução Normativa RFB 1.717/2017 - que dispõem no sentido de que 'compete à RFB efetuar a restituição dos valores recolhidos para outras entidades ou fundos, exceto nos casos de arrecadação direta, realizada mediante convênio -, reconsidero minha posição, aliás, hoje já superada pela mais recente jurisprudência da própria Segunda Turma, sobre a matéria".

3. O acórdão recorrido está em consonância com o atual entendimento do STJ de que a Abdi, a Apex-Brasil, o Incra, o FNDE, o Sebrae, o Sesi, o Senai, o Senac e o Sesc deixaram de ter legitimidade passiva ad causam para ações que visem à cobrança de contribuições tributárias ou à sua restituição, após a entrada em vigor da Lei 11.457/2007.

4. Recurso Especial não provido.

Portanto, frente ao entendimento acima, as entidades terceirizadas SESI e SENAI são parte legítimas para figurarem no polo passivo da impetração.

Superada a questão da legitimidade passiva, passo a análise da constitucionalidade e legalidade da cobrança.

Nesse passo, observo que o egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 396.266, relatado pelo Ministro CARLOS VELLOSO, em 26/11/2003 e publicado no DJe de 27/02/2004, decidiu que a contribuição ao SEBRAE possui natureza de intervenção no domínio econômico, entendimento que se aplica a todas contribuições objeto da presente impetração, julgado abaixo transcrito:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º.

I. – As contribuições do art. 149, C.F. – contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas – posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de 'outras fontes', é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.

II. – A contribuição do SEBRAE – Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 – é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F.

III. – Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003.

IV. – R.E. conhecido, mas improvido. (RE nº 396266, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 26-11-2003, DJ 27-02-2004).

Nesse passo, assevero que a Emenda Constitucional 33/01 deu nova redação ao § 2º do artigo 149 da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte redação:

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

Contudo, o caput do citado artigo permaneceu sem alteração e com a mesma redação da Constituição de 1988, sendo a base das exações do SESI e SENAI. Ocorre que, as limitações introduzidas pela EC 33/2001 no § 2º do artigo 149 da Constituição Federal encontram-se no tempo verbal futuro, portanto tem a função de vincular o futuro legislador quando da criação de novas exações. Portanto, não se pode falar de revogação expressa ou tácita das contribuições sociais, bem como não recepção. O egrégio Supremo Tribunal Federal apreciou a questão sob a ótica da contribuição ao SEBRAE, entendimento que se aplica a todas contribuições objeto da presente ação, no julgamento do AI 849045 AgR-ED/RS, Relator Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/09/2017, cuja Ementa Transcrevo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. SUBSISTÊNCIA APÓS O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2001 (ARTIGO 149, § 2º, III, A, DA CONSTITUIÇÃO). MATÉRIA QUE AGUARDA EXAME SOB O ENFOQUE DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 325. RE 603.624. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. EMBARGOS PROVIDOS COM EXCEPCIONAIS EFEITOS INFRINGENTES. DEVOLUÇÃO DO FEITO À ORIGEM (ARTIGO 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO RISTF).

Ocorre que, em relação ao RE 603.624/SC, que trata das contribuições para terceiros, observo que o egrégio Supremo Tribunal Federal atribuiu, em 21/10/2010, repercussão geral ao citado recurso. Contudo, em 23/09/2020, o plenário do Pretório Excelso, apreciando o tema 325, negou provimento ao RE 603.624/SC, tendo por maioria fixado a tese de que "As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001". Tendo em vista, o citado resultado do julgamento do RE 603.624/SC, que possui repercussão geral, apesar de ainda não haver publicação do Acórdão, a matéria encontra-se definitivamente decidida, impossibilitando entendimento diverso, portanto se aplica as contribuições objeto da presente ação.

Desta feita, demonstrada a legalidade e constitucionalidade das exações, objeto da presente impetração, fica prejudicado o pedido de compensação/restituição.

Ante o exposto, nego provimento a apelação, mantendo julgado contido na sentença.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÕES PARA O SESI E SENAI – LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

1. Como advento da Lei nº 11.457/2007, as atividades referentes a tributação, fiscalização e arrecadação das contribuições para o SESI e SENAI foram transferidas à Fazenda Nacional.
2. As entidades terceirizadas SESI e SENAI são partes ilegítimas para figurarem no polo passivo da impetração.
3. A Emenda Constitucional 33/2001 deu nova redação ao § 2º do artigo 149 da Constituição Federal.
4. O caput do artigo 149 da Constituição Federal permaneceu sem alteração e com a mesma redação da Constituição de 1988, sendo a base das exações do SESI e SENAI.
5. As limitações introduzidas pela EC 33/2001 no § 2º do artigo 149 da Constituição Federal encontram-se no tempo verbal futuro, portanto tem a função de vincular o futuro legislador quando da criação de novas exações.
6. Em relação ao RE 603.624/SC, que trata das contribuições para terceiros, observo que o egrégio Supremo Tribunal Federal atribuiu, em 21/10/2010, repercussão geral ao citado recurso. Contudo, em 23/09/2020, o plenário do Pretório Excelso, apreciando o tema 325, negou provimento ao RE 603.624/SC, tendo por maioria fixado a tese de que "As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001". Tendo em vista, o citado resultado do julgamento do RE 603.624/SC, que possui repercussão geral, apesar de ainda não haver publicação do Acórdão, a matéria encontra-se definitivamente decidida, impossibilitando entendimento diverso, portanto se aplica a contribuição objeto da presente ação.
7. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento a apelação, mantendo julgado contido na sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005136-30.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FUNDACAO JOSE DE PAIVANETTO

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ DE JESUS - SP302592

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005136-30.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FUNDACAO JOSE DE PAIVANETTO

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ DE JESUS - SP302592

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação e de remessa oficial, em ação de mandado de segurança, impetrada por Fundação José de Paiva Neto em face do Delegado da Receita Federal do Brasil e de Administração Tributária em São Paulo e do Procurador Chefe da Fazenda Nacional em São Paulo, visando à suspensão dos pagamentos do parcelamento da Lei 12.865/2013, bem assim requer a consolidação dos débitos, já estando a obrigação quitada, tendo postulado junto à Fazenda adoção de providências, sem sucesso.

A r. sentença, lavrada sob a égide do CPC/2015, ID 89868431 - Pág. 13, reconheceu a ilegitimidade passiva do Delegado da Receita Federal, porque não existem débitos sob sua administração, extinguindo o processo sem exame de mérito, nesta parte. No mais, concedeu a segurança vindicada, asseverando que, embora a Lei 12.865/2013 não tenha estipulado a consolidação no mesmo ato da adesão, já se passaram três anos da promulgação da lei, sendo inaceitável a ausência de qualquer previsão fazendária para instalação de sistema hábil à implementação da consolidação, quadro a vulnerar a eficiência e a razoabilidade, firmando ser necessária análise antes da suspensão dos pagamentos, ante a possibilidade de recolhimento integral por ocasião da consolidação. Determinou a consolidação dos parcelamentos no prazo de trinta dias. Sem honorários.

Apelou a União, ID 89868431 - Pág. 29, alegando, em síntese, que a lei não prevê a consolidação imediata do débito, ainda não tendo sido iniciada a operacionalização da consolidação, que seguirá um cronograma nacional, assim todos os aderentes estão no aguardo, aceitando o contribuinte, no momento da adesão, as regras do programa fiscal, assim caberá ao impetrante esperar a etapa subsequente, inexistindo ato ilegal.

Apresentadas as contrarrazões, ID 89868431 - Pág. 38, sem preliminares, subiram os autos a esta Corte.

Informou a parte contribuinte descumprimento da ordem judicial, ID 89868431 - Pág. 46, noticiando a União quitação das obrigações, ID 89868431 - Pág. 50, por isso desnecessário o prosseguimento dos adimplementos.

Petição privada consignando houve sua indevida inclusão no CADIN, ID 89868431 - Pág. 56, informando a União que tal inscrição foi suspensa, ID 89868431 - Pág. 82.

Manifestou-se o MPF pelo prosseguimento da lide, ID 89868431 - Pág. 92.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005136-30.2016.4.03.6100

VOTO

Como consagrado, corresponde a moratória a vantagem tributária legal ou a benefício fiscal que, como se observa do ordenamento jurídico incidente na espécie, decorre de lei (CTN, art. 97, inciso VI, e art. 2º da EC 32/01), expressando-se, aliás, na única causa, suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, de iniciativa do sujeito ativo da relação jurídica tributária, como o destaca a *communis opinio doctorum* e se extrai do art. 151, CTN, aqui a se equiparar ao parcelamento, em relação de gênero e espécie, entre ambos.

Por outro lado, não se nega que as atividades envolvendo o parcelamento e a consolidação de débitos são complexas, igualmente não sendo desconhecido que o volume de trabalho é gigantesco, carecendo a Receita Federal de pessoal para atender à demanda.

Entretanto, bem sabe a autoridade impetrada que o princípio da eficiência, estampado no “caput” do art. 37, Lei Maior, deve ser cumprido pela Administração, afigurando-se comezinha a afirmação de que o Estado, na maioria das vertentes de sua atuação, ignora tal preceito.

Com idêntica ênfase, a razoável duração do processo, inciso LXXVIII de seu art. 5º.

Ora, a conclusão sentencial de que passados mais de três anos da edição da Lei 12.865/2013 e ainda não havia sequer prazo para implemento da consolidação é ratificada em apelação pela União, cenário claramente a vulnerar o princípio da razoabilidade, possuindo o polo contribuinte o direito de ver quitada a obrigação tributária, perante o programa fiscal a que aderiu.

Logo, ou a União não promove parcelamentos da espécie ou deve colocá-lo em prática apenas e tão-somente quando a Receita Federal estiver dotada de mecanismos globais e completos sobre o assunto, demonstrando o caso concreto verdadeira desorganização interna estatal, “data venia”, por isso correta a r. sentença, que deve ser mantida :

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO. QUITAÇÃO. DEMORA NA CONSOLIDAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

1. Verifica-se, no caso concreto, que a impetrante aderiu a programa de parcelamento da Lei n. Lei 11.941/09 (com alterações pela Lei n. 12.865/2013), em 19/12/2013, tendo, inclusive, procedido à sua quitação. Pelas informações prestadas em julho/2017, a autoridade coatora afirmou que os débitos permaneciam na situação “devedor”, vez que não teria ocorrido a conclusão do processo de consolidação do parcelamento.

2. Tendo a impetrada reconhecido a adesão ao parcelamento e a impetrante demonstrada a sua quitação, sem qualquer oposição da autoridade fazendária nesse sentido, não é razoável a impetrante ser prejudicada pela demorada na consolidação do parcelamento, que já perdurava, ao tempo da sentença, mais de 3 anos.

4. “Em caso similar, a Segunda Turma do STJ firmou a compreensão de que “a comunicação do Fisco de que a empresa aderiu ao parcelamento em 12.12.2009 implica, na pior das hipóteses, a existência de uma homologação tácita do requerimento de ingresso no aludido parcelamento, de modo que é impossível manter a exigibilidade de débitos cujo parcelamento já se encontrava reconhecido pela Receita Federal. A necessidade de consolidação em nada modifica esse quadro jurídico” (REsp 1.645.889/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/4/2017).” (AgInt no REsp 1700479/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/04/2020, DJe 05/05/2020).

5. Remessa necessária desprovida.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5009709-89.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NERY DA COSTA JUNIOR, julgado em 01/10/2020, Intimação via sistema DATA: 13/10/2020)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE PEDIDO DE REVISÃO DE CONSOLIDAÇÃO EM PROGRAMA DE PARCELAMENTO FISCAL. DEMORA EM RAZÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DE FERRAMENTAS EM SISTEMA INFORMATIZADO. AUSÊNCIA DE PRAZO PARA CONCLUSÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA. CÁLCULO MANUAL REALIZADO. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1 - A Constituição Federal assegura em seu art. 5º LXXVIII: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

2 - O parcelamento é um benefício excepcional e o contribuinte possui legítima expectativa de efetuar o pagamento regular da dívida conforme as condições legalmente preestabelecidas.

3 - Por certo, o argumento de que a funcionalidade para implementação em sistema de parcelamento ainda se encontra em processo de produção não pode ser aceito como justificativa para a demora indefinida na análise do pedido de revisão de consolidação promovida pelo contribuinte.

4 - Consta nos autos a informação de que o processo administrativo nº 12448-720.095/2016-87 já foi devidamente apreciado em cumprimento à determinação judicial, devendo ser mantida a r. sentença tal como lançada.

5 - Reexame necessário desprovido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5018519-82.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/08/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/08/2020)

Ausentes honorários recursais, por indevidos desde o Primeiro Grau, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

Por conseguinte, em âmbito de prequestionamento, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, pelo improvidante à apelação e à remessa oficial, na forma aqui estatuída.

É como voto.

EMENTA

ACÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – PARCELAMENTO – LEI 12.865/2013 – DEMORA PARA IMPLEMENTO DA FASE DE CONSOLIDAÇÃO – RAZOABILIDADE VULNERADA – CONCESSÃO DA SEGURANÇA – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO FAZENDÁRIA E À REMESSA OFICIAL

1 - Como consagrado, corresponde a moratória a vantagem tributária legal ou a benefício fiscal que, como se observa do ordenamento jurídico incidente na espécie, decorre de lei (CTN, art. 97, inciso VI, e art. 2º da EC 32/01), expressando-se, aliás, na única causa, suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, de iniciativa do sujeito ativo da relação jurídica tributária, como o destaca a *communis opinio doctorum* e se extrai do art. 151, CTN, aqui a se equiparar ao parcelamento, em relação de gênero e espécie, entre ambos.

2 - Não se nega que as atividades envolvendo o parcelamento e a consolidação de débitos são complexas, igualmente não sendo desconhecido que o volume de trabalho é gigantesco, carecendo a Receita Federal de pessoal para atender à demanda.

3 - Bem sabe a autoridade impetrada que o princípio da eficiência, estampado no “caput” do art. 37, Lei Maior, deve ser cumprido pela Administração, afigurando-se comezinha a afirmação de que o Estado, na maioria das vertentes de sua atuação, ignora tal preceito.

4 - Comidêntica ênfase, a razoável duração do processo, inciso LXXVIII de seu art. 5º.

5 - A conclusão sentencial de que passados mais de três anos da edição da Lei 12.865/2013 e ainda não havia sequer prazo para implemento da consolidação é ratificada em apelação pela União, cenário claramente a vulnerar o princípio da razoabilidade, possuindo o polo contribuinte o direito de ver quitada a obrigação tributária, perante o programa fiscal a que aderiu.

6 - Ou a União não promove parcelamentos da espécie ou deve coloca-lo em prática apenas e tão-somente quando a Receita Federal estiver dotada de mecanismos globais e completos sobre o assunto, demonstrando o caso concreto verdadeira desorganização interna estatal, “*data venia*”, por isso correta a r. sentença, que deve ser mantida. Precedentes.

7 - Ausentes honorários recursais, por indevidos desde o Primeiro Grau, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

8 – Improvimento à apelação e à remessa oficial. Concessão da segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006226-53.2019.4.03.6109

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: METALURGICA DELLA ROSA LTDA

Advogado do(a) APELADO: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006226-53.2019.4.03.6109

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: METALURGICA DELLA ROSA LTDA

Advogado do(a) APELADO: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e de recurso apelação interposto por UNIÃO (Fazenda Nacional) contra sentença que, nos termos do art. 487, I, do CPC, julgou procedente o pedido formulado na exordial e concedeu a segurança, “*confirmando a liminar anteriormente deferida, para o fim de DECLARAR a inexigibilidade de obrigação tributária que tenha por objeto IRPJ e CSLL incidentes sobre os juros-Selic apurados sobre indébitos tributários federais recuperados via restituição, ressarcimento ou compensação, assegurando-lhe o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tais títulos nos 05 (cinco) últimos anos anteriores à data de propositura da presente ação, devidamente atualizados pela aplicação da taxa SELIC, nos termos do art. 170-A, do Código Tributário Nacional*”.

O presente *mandamus* foi impetrado por METALURGICA DELLA ROSA LTDA contra o DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PIRACICABA-SP, objetivando afastar a incidência de IRPJ e CSLL sobre os juros-Selic apurados sobre indébitos tributários federais recuperados via restituição, ressarcimento ou compensação, declarando a inconstitucionalidade/invalidade da regra que estabelecer essa obrigação, bem como para seja reconhecido seu direito a repetir, via compensação, os recolhimentos indevidos nos últimos cinco anos.

Pela sentença (ID 144940973), a Magistrada sentenciante entendeu que “a correção monetária visa somente a preservar o poder de compra da moeda, ao passo que os juros moratórios pretendem ressarcir o contribuinte do período que teve indisponibilidade de parte de seu capital, de modo que não pode ser o impetrante compelido a recolher o IRPJ e a CSLL sobre tais valores. Com efeito, os juros moratórios e a correção monetária possuem natureza meramente reparatória, já que visam à recomposição do patrimônio em função da inflação, não podendo ser considerado como acréscimo patrimonial ou renda”.

Irresignada, a União (Fazenda Nacional) apresentou recurso de apelação (ID 144940977), arguindo, em apertada síntese, que: a) o STJ, sob a sistemática de julgamento dos Recursos Repetitivos, no julgamento do Resp n.º 1.138.695-SC, fixou entendimento no sentido de que “os juros moratórios decorrentes de repetição de indébito tributário possuem natureza de lucros cessantes”; b) conforme inteligência dos arts. 153, inciso III, e 195, inciso I, alínea c, da CF e 43 do CTN, “qualquer acréscimo patrimonial, ainda que não enquadrado como produto do capital e/ou do trabalho, configura fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza”; c) “não há dúvidas de que é necessário interpretar os juros (SELIC) devidos no indébito tributário com fulcro na expressão “acréscimos patrimoniais” do CTN, mesmo que sejam considerados como verba indenizatória”; d) “os juros SELIC, quer recebidos em decorrência de repetição de indébito, restituição ou compensação, quer decorrentes de levantamentos de depósitos judiciais, são receitas financeiras e se destinam a remunerar o capital, como qualquer outra aplicação financeira, pois acrescentam algo novo ao patrimônio”; e) “no caso de indenização recebida em razão de ganhos que deixaram de ser recebidos, há a incidência do imposto de renda, pois essas verbas visam recompor uma situação jurídica que representaria acréscimo patrimonial”; f) “do exame da legislação e da jurisprudência, que a taxa SELIC, em sua integralidade (juros e correção monetária) deve ser submetida à tributação”.

Comcontrarrazões (ID 144940981), subiram os autos a esta Corte.

Parecer do Ministério Público Federal (ID 146076954) no sentido da desnecessidade de sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5006226-53.2019.4.03.6109

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: METALURGICA DELLA ROSA LTDA

Advogado do(a) APELADO: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade da apelação e da remessa necessária.

Cinge-se a controvérsia em saber se possível a incidência do IRPJ e da CSLL sobre a taxa SELIC recebida em decorrência de valores recebidos a título de repetição de indébito tributário, recuperados via restituição, ressarcimento ou compensação.

A sentença comporta reforma.

Com efeito, é tranquila a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que se sujeitam à tributação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL os juros remuneratórios incidentes na devolução dos depósitos judiciais, bem como os juros em repetição de indébito. Este entendimento restou consolidado no julgamento do REsp n. 1.138.695/SC, submetido ao regime do art. 543-C do CPC/73, senão vejamos (destaque):

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. DISCUSSÃO SOBRE A EXCLUSÃO DOS JUROS SELIC INCIDENTES QUANDO DA DEVOLUÇÃO DE VALORES EM DEPÓSITO JUDICIAL FEITO NA FORMA DA LEI N. 9.703/98 E QUANDO DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO NA FORMA DO ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. Os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, na forma prevista no art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, e na forma do art. 8º, da Lei n. 8.541/92, como receitas financeiras por excelência. Precedentes da Primeira Turma: AgRg no Ag 1359761/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 6/9/2011; AgRg no REsp 346.703/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 02.12.02; REsp 194.989/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 29.11.99. Precedentes da Segunda Turma: REsp. n. 1.086.875 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/acórdão Min. Castro Meira, julgado em 18.05.2012; REsp 464.570/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 29.06.2006; AgRg no REsp 769.483/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 02.06.2008; REsp 514.341/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 31.05.2007; REsp 142.031/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 12.11.01; REsp. n.395.569/RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 29.03.06.

3. Quanto aos juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-Lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei n. 1.381/74 e art. 161, IV do RIR/99, estes últimos explícitos quanto à tributação dos juros de mora em relação às empresas individuais.

4. Por ocasião do julgamento do REsp. n. 1.089.720 - RS (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012) este Superior Tribunal de Justiça definiu, especificamente quanto aos juros de mora pagos em decorrência de sentenças judiciais, que, muito embora se tratem de verbas indenizatórias, possuem a natureza jurídica de lucros cessantes, consubstanciando-se em evidente acréscimo patrimonial previsto no art. 43, II, do CTN (acréscimo patrimonial a título de proventos de qualquer natureza), razão pela qual é legítima sua tributação pelo Imposto de Renda, salvo a existência de norma isentiva específica ou a constatação de que a verba principal a que se referem os juros é verba isenta ou fora do campo de incidência do IR (tese em que o acessório segue o principal). Precedente: EDcl no REsp. n. 1.089.720 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27.02.2013.

5. Conhecida a lição doutrinária de que juros de mora são lucros cessantes: "Quando o pagamento consiste em dinheiro, a estimação do dano emergente da inexecução já se acha previamente estabelecida.

Não há que fazer a substituição em dinheiro da prestação devida.

Falta avaliar os lucros cessantes. O código os determina pelos juros de mora e pelas custas" (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, V. 4, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 221).

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp 1138695/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013)

Nessa mesma esteira, válida, ainda, a transcrição de arestos mais modernos da Corte Cidadã e desta Turma Julgadora que ratificam essa compreensão. Confira-se (destaquei):

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. IRPJ E CSLL. INCIDÊNCIA SOBRE JUROS RECEBIDOS EM DECORRÊNCIA DE LEVANTAMENTO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ORIENTAÇÃO FIRMADA NO JULGAMENTO DO RESP 1.138.695/PR, JULGADO COMO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA, DJE 22.5.2013. VÍCIOS DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NÃO VERIFICADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA CONTRIBUINTE REJEITADOS.

1. A legislação processual é peremptória ao prescrever as hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração; trata-se, pois, de recurso de fundamentação vinculada, restrito a situações em que patente a existência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material no julgado.

2. No presente caso, inexistem os vícios indicados pela parte embargante. Isto porque o acórdão embargado restou devidamente fundamentado ao seguir a jurisprudência consolidada por esta Corte Superior de que Incide IRPJ e CSLL sobre os juros SELIC incidentes na devolução de depósitos judiciais, por terem natureza de juros remuneratórios, importando em acréscimo patrimonial, assim como na repetição do indébito tributário, pois, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, encontram-se dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa. Tese firmada no julgamento do REsp. 1.138.695/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 31.5.2013, sob a sistemática do art. 543-C do CPC.

3. Assim, não havendo a presença de quaisquer dos vícios elencados no art. 535 do CPC/1973, a discordância da parte quanto ao conteúdo da decisão não autoriza o pedido de declaração, que tem pressupostos específicos, os quais não podem ser ampliados.

4. Por fim, o Superior Tribunal de Justiça não possui competência para o exame de questões constitucionais suscitadas, ainda que com o intuito de prequestioná-las para eventual interposição de Recurso Extraordinário.

5. Embargos de Declaração da CONTRIBUINTE rejeitados.

(EDcl no REsp 1233259/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/04/2019, DJe 22/04/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSLL. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DO RECURSO REPETITIVO. NATUREZA DE RENDIMENTO TRIBUTÁVEL. PRECEDENTES.

1. Insurge-se a recorrente contra acórdão que recusou a pretensão formulada no sentido de excluir da incidência do IRPJ e da CSLL os valores contabilizados ou recebidos a título de juros moratórios e correção pela Selic dos créditos tributários objeto de restituição, ressarcimento ou compensação.

2. Sustenta, nas razões do Recurso Especial, violação aos arts. 458, II, e 535, do CPC/1973, além de afronta arts. 43 e 97 do CTN, art. 1º da Lei 7.689/1988, art. 57 da Lei 8.981/1995, art. 16, §1º, do Decreto-lei 1.598/1977, art. 1º da Lei 9.316/1996, e art. 404, parágrafo único, do CC. Aduz, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

3. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007. 4. Igualmente não se vislumbra violação ao art. 458 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o aresto impugnado se encontra devidamente fundamentado, tratando todos os pontos necessários à resolução do feito. O acórdão hostilizado aplicou precedente do STJ firmado em recurso repetitivo que inviabiliza a pretensão da recorrente. É o quanto basta para efeito de fundamentação do decisum, sem necessidade de apreciar todos os argumentos da parte diante da obrigatoriedade do regime do art. 543-C do CPC/1973.

5. No mérito, a pretensão deduzida esbarra no julgamento do REsp 1.138.695/SC pela Primeira Seção, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 31/5/2013, que expressamente consignou que os "juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-Lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei n. 1.381/74 e art. 161, IV do RIR/99, estes últimos explícitos quanto à tributação dos juros de mora em relação às empresas individuais". O referido repetitivo versou igualmente sobre a inclusão da Taxa Selic na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o que aqumbarca a impugnação recursal por inteiro. 6. A jurisprudência mais recente do STJ não discrepa: AgRg no REsp 1.523.149/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 3/5/2016, DJe 12/5/2016; AgRg no REsp 1.553.110/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 10/3/2016, DJe 17/3/2016; AgRg no REsp 1.515.587/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe 18/5/2015.

7. Recurso Especial não provido.

(REsp 1675619/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA DECORRENTES DO RESSARCIMENTO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. TAXA SELIC. CORREÇÃO MONETÁRIA. IRPJ E CSLL. INCIDÊNCIA.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, decorrentes do ressarcimento de indébito tributário, sujeitam-se à incidência do IRPJ e da CSLL.

2. Evidencia-se, assim, que dada sua natureza de lucros cessantes, a tese de que os juros de mora, em razão de indébito fiscal, ressarcido administrativa ou judicialmente, constituem mera indenização não encontra respaldo na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a demonstrar, portanto, que exigível a tributação à luz do artigo 43, do CTN, e 153, III, da CF.

3. Ademais, é consagrado que as verbas acessórias seguem a natureza do principal, logo se tributável o valor de indébito fiscal ressarcido não pode ser excluído da incidência do acréscimo patrimonial representado tanto pela correção monetária como pelos juros moratórios, cuja atualização na esfera federal é feita pela taxa SELIC.

4. Precedentes da Turma.

5. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5031899-42.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 01/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 05/06/2020)

1. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, decorrentes do ressarcimento de indébito tributário, devem sujeição à incidência do IRPJ e da CSL.

2. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça e da egrêgia Turma.

3. Os juros moratórios equivalentes à taxa SELIC ostentam a natureza de lucros cessantes, portanto, a incidência em comento não ofende as disposições contidas nos arts. 153, III, e 195, I, "c", da Constituição Federal.

4. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCív - APELAÇÃO CÍVEL - 5003362-68.2018.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020)

Registre-se, por fim, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de Repercussão Geral da questão constitucional debatida nos autos do processo do RE 1.063.187/SC, que trata da incidência do Imposto de renda - Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre a taxa Selic (juros de mora e correção monetária) recebida pelo Contribuinte na repetição do indébito (Tema 962). Porém, não houve decisão determinando o sobrestamento dos feitos que versam sobre a matéria. Logo, enquanto não houver manifestação definitiva da Corte Suprema, há que se reconhecer o entendimento vinculante do julgado do STJ (REsp 1138695/SC).

Ante o exposto, dou provimento à remessa necessária e ao recurso de apelação para, reformando a sentença, denegar a segurança pleiteada.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IRPJ CSLL. SELIC. INCIDENTES SOBRE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. NATUREZA REMUNERATÓRIA E DE LUCROS CESSANTES. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Trata-se de mandado de segurança objetivando o reconhecimento do direito da impetrante à não incidência do IRPJ e CSLL sobre a taxa SELIC recebida em decorrência dos valores pagos em virtude de repetição de indébito tributário.

2. É tranquila orientação jurisprudencial do STJ no sentido de que se sujeitam à tributação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL os juros remuneratórios incidentes na devolução dos depósitos judiciais, bem como os juros em repetição de indébito, conforme restou consolidado no julgamento do REsp n. 1.138.695/SC, submetido ao regime do art. 543-C do CPC/73. No mesmo sentido, são os precedentes mais modernos desta Turma.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de Repercussão Geral em relação ao Tema 962 (incidência de IRPJ e CSLL sobre a taxa SELIC recebida no indébito tributário), porém, não houve decisão determinando o sobrestamento dos feitos que versam sobre a matéria. Logo, enquanto não houver manifestação definitiva da Corte Suprema, há que se reconhecer o entendimento vinculante do julgado do STJ (REsp 1.138.695/SC).

4. Remessa necessária e recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à remessa necessária e ao recurso de apelação para, reformando a sentença, denegar a segurança pleiteada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005296-37.2015.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: MARIA DE FATIMA CORREIA BESERRA BRAZ

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005296-37.2015.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: MARIA DE FATIMA CORREIA BESERRA BRAZ

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Contabilidade em face da r. sentença que julgou extinta a execução fiscal, com fundamento no artigo 8º da lei 12.514/11.

Em grau de apelação, busca o Conselho, a reforma da r. sentença aduzindo que “o débito exequendo refere-se tão somente à multa infracional. Trata-se, portanto, de hipótese não abarcada pelo artigo 8º, da Lei nº 12.514/2011.”

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005296-37.2015.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: MARIA DE FATIMA CORREIA BESERRA BRAZ

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A r. sentença merece reparo.

O compulsar dos autos revela que cuida o executivo fiscal da cobrança de multa punitiva aplicado pelo Conselho Regional.

Na r. sentença o juiz extinguiu a execução fiscal, por entender que o valor da execução não atinge o mínimo do disposto no art. 8º da Lei nº 12.514/2011, que estabelece em seu artigo 8º, que:

"Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

Parágrafo único. O disposto no caput não limitará a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou a suspensão do exercício profissional."

Ocorre, entretanto, que o dispositivo em questão trata unicamente dos créditos referentes a anuidades, não se aplicando assim às multas, merecendo reparo a r. sentença.

Neste sentir, são precedentes desta Corte:

Conforme precedentes desse Tribunal, trago a colação dos seguintes julgados em consonância:

"EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. MULTA. INAPLICABILIDADE DO ART. 8º DA LEI N.º 12.514/11. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal, ajuizada pelo Conselho Regional de Contabilidade, visando à cobrança de multa administrativa (ID de n.º 9012117, pág. 08).

2. O MM. Juiz de primeiro grau extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por entender que o valor das anuidades não atinge o patamar mínimo do disposto no art. 8º da Lei n.º 12.514/2011.

3. O artigo 8º da Lei n.º 12.514/11 trata unicamente dos créditos referentes a anuidades, não se aplicando às multas (precedentes deste E. Tribunal).

4. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0012713-07.2016.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 02/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 05/06/2020)."

"EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DA 2ª REGIÃO - CRECI/SP. MULTA ADMINISTRATIVA. INAPLICABILIDADE DO ART. 8º DA LEI N.º 12.514/11. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A MM. Juíza de primeiro grau extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por entender que o valor das anuidades não atinge o patamar mínimo do disposto no art. 8º da Lei n.º 12.514/2011.2.

2. O artigo 8º da Lei n.º 12.514/11 trata unicamente dos créditos referentes a anuidades, não se aplicando às multas.

3. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0000064-13.2017.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 08/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 13/05/2020)."

Assim, de rigor o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento da execução.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL. MULTA. INAPLICABILIDADE DO ART. 8º DA LEI N.º 12.514/11. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal, ajuizada pelo Conselho Regional, visando à cobrança de multa administrativa.
2. Na r. sentença o juiz extinguiu a execução fiscal, por entender que o valor das anuidades não atinge o mínimo do disposto no art. 8º da Lei n.º 12.514/2011.
3. O artigo 8º da Lei n.º 12.514/11 trata unicamente dos créditos referentes a anuidades, não se aplicando às multas (precedentes deste E. Tribunal).
4. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002436-02.2018.4.03.6140

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: KOZZY ALIMENTOS LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: EDSON MACEDO - SP286107-A

PARTE RE: UNIÃO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002436-02.2018.4.03.6140

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: KOZZY ALIMENTOS LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: EDSON MACEDO - SP286107-A

PARTE RE: UNIÃO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário em mandado de segurança impetrado por **KOZZY ALIMENTOS LTDA** para obter a declaração de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o direito de compensar os valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação, devidamente atualizados.

A liminar foi deferida, para autorizar a impetrante a efetuar o recolhimento do PIS e COFINS sem o ICMS nas respectivas bases de cálculo (Id 139715756).

Na sentença (Id 139715771, p. 1-5), o Juízo *a quo* concedeu a segurança, para declarar inexistente relação jurídica tributária que obrigue a parte impetrante a incluir o valor do ICMS a recolher da base de cálculo do PIS e COFINS, declarando o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, respeitada a prescrição quinquenal, com tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96, exceto com contribuições previdenciárias, nos termos do art. 26 da Lei nº 11.457/2007, após o trânsito em julgado, conforme o art. 170-A do Código Tributário Nacional, atualizados pela Selic. Sentença sujeita ao reexame necessário.

A União manifestou ciência do trânsito em julgado da ação (Id 139715778).

Por força da remessa necessária, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em parecer da Procuradora Regional da República Maria Emília Moraes de Araujo, manifestou-se pelo regular prosseguimento (Id 145377163).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002436-02.2018.4.03.6140

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: KOZZY ALIMENTOS LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: EDSON MACEDO - SP286107-A

PARTE RE: UNIÃO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Trata-se de reexame necessário em mandado de segurança impetrado, em síntese, para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de compensar os valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

No mérito, a questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do referido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta Terceira Turma.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS:

"**TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE.** Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. **COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS.** O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJE-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.**

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse-se o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS. Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma:

"**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.**

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial I DATA:13/11/2014)

"**CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.**

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, uma vez que o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, e conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não albergava esta limitação.
7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).
10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: " Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior:"
14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJE 1703/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJE 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJE 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).
15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJE 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJE 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJE 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJE 20/05/2009)
16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJE 01/02/2010)

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJE 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJE 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJE 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJE 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.536/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJE 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJE 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJE 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciarem-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. in) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobrejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. "

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido. "

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Cumprе salientar que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o **destacado da nota fiscal** e não o efetivamente pago, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso porque uma vez que o ICMS não deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte deve ser aquele que represente a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, na nota fiscal. Caso contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior.

Sobre o tema, julgados recentes dessa Terceira Turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-58.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, e - DJF3: 03/03/2020)

“AGRAVO INTERNO EM TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE. RE 574.706 COM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 69 STF. ICMS DESTACADO NA NOTA. SUSPENSÃO DO FEITO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Conforme se extrai da decisão agravada, restaram consignados os fundamentos que levaram o Julgador a considerar como devida a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.
2. Nos termos abordados, o Supremo Tribunal Federal, no RE 574.706, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, sedimentou a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sendo pacífica, nesta terceira turma, a aplicação da tese relativa ao tema 69.
3. A exigência do PIS e da COFINS com o ICMS compondo suas bases de cálculo, em desalinhamento com o entendimento do STF, pode gerar prejuízos econômicos à requerente, restando caracterizado o periculum in mora.
4. Outrossim, a Ministra Relatora, no mencionado RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.
5. Por fim, no tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não há como suspender o feito nesta fase processual, considerando que os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706 não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.
6. Agravo interno desprovido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, TutAntec - TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE - 5012412-86.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3:24/03/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO.

1. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.
2. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.
3. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovisionamento da apelação.
4. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado da nota fiscal e não o efetivamente pago, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes desta Corte.
5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a restituição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário.
6. Conforme entendimento pacificado no STF (RE 566.621/RS) e no STJ (REsp 1.269.570/MG), para as ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005 (de 09.06.2005), o prazo de prescrição é quinquenal.
7. A compensação deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. Precedentes do STJ.
8. Tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional (REsp nº 1.164.452/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos).
9. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.
10. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.
11. Apelação e remessa oficial desprovidas.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5001382-27.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 23/05/2019, e - DJF3:29/05/2019)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. O VALOR DO ICMS A SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS É O DESTACADO DA NOTA FISCAL E NÃO O EFETIVAMENTE PAGO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. O ceme da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
6. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda.
8. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
10. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o **destacado da nota fiscal** e não o efetivamente pago. Isso porque uma vez que o ICMS não deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte deve ser aquele que represente a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, na nota fiscal. Caso contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior.
11. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006136-97.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA MECANICA J. MACEDO LTDA

Advogados do(a) APELADO: JEAN HENRIQUE FERNANDES - SP168208-A, ANDRE MAGRINI BASSO - SP178395-A, LAODICEIA MELCA SILVA FONSECA - SP352896-A, EDUARDO SOUSA MACIEL - SP209051-A, DIOVAN DUMAS DE OLIVEIRA - SP249766-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006136-97.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA MECANICA J. MACEDO LTDA

Advogados do(a) APELADO: JEAN HENRIQUE FERNANDES - SP168208-A, ANDRE MAGRINI BASSO - SP178395-A, LAODICEIA MELCA SILVA FONSECA - SP352896-A, EDUARDO SOUSA MACIEL - SP209051-A, DIOVAN DUMAS DE OLIVEIRA - SP249766-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União** em face da sentença que concedeu a ordem para determinação da exclusão do ICMS destacado da base de cálculo da COFINS e reconhecer o direito à compensação, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal.

Em suas razões, a apelante requer, de início, a concessão de feito suspensivo ao recurso e o sobrestamento do feito. Em preliminar alega que a sentença é ultra petita, ao definir que se deve excluir da base de cálculo do PIS/COFINS, o ICMS destacado nas notas fiscais, padecendo, destarte de nulidade. No mérito sustenta, em síntese, que:

- a) o ICMS integra o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei.
- b) o ICMS a ser excluído é o efetivamente pago;
- c) a compensação deve ocorrer somente entre contribuições da mesma espécie.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República André de Carvalho Ramos, deixou de exarar parecer por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006136-97.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA MECANICA J.MACEDO LTDA

Advogados do(a) APELADO: JEAN HENRIQUE FERNANDES - SP168208-A, ANDRE MAGRINI BASSO - SP178395-A, LAODICEIA MELCA SILVA FONSECA - SP352896-A, EDUARDO SOUSA MACIEL - SP209051-A, DINO VAN DUMAS DE OLIVEIRA - SP249766-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Preliminarmente, julgo prejudicado o pedido de efeito suspensivo ativo, em razão do julgamento exauriente realizado por esta decisão.

Igualmente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Anote-se, ainda, que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, em apreço, por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR), consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

Ainda, conforme o art. 1.030, I, 'a', do Código de Processo Civil, o Vice-Presidente deverá negar seguimento "a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral".

Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, tal análise dá-se com a publicação do acórdão paradigma, *verbis*:

"A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma." (STF, ARE 977.190 AgR/MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento: 09/11/2016);

e

"A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma" (STF, RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgamento: 21/8/2017).

Corroborando o tema, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, *verbis*:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE" - SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral."

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

No tocante à preliminar de nulidade da sentença, por suposto vício *ultra petita*, não prospera a alegação.

Deveras, a sentença ao explicitar o valor do ICMS a ser extirpado da base de cálculo das contribuições em análise, nada mais fez que aplicar a tese proferida no RE nº 574.706, não havendo qualquer vício no *decisum*.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou como seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços; análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprido asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilha, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESp 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE nº 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei nº 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), surge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, tendo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EResp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJE 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJE 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJE 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pag. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo *implus* que se acrescenta ao crédito, mas *minus* que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurídica e dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Por fim, quanto à parte atinente ao valor do ICMS a ser extirpado da base de cálculo do PIS e da COFINS, toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnatada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate.

Com efeito, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal e com base na orientação firmada pela Suprema Corte, onde a questão foi exaurida, tanto pelo prisma legal quanto pelo contábil, é o ICMS destacado na nota fiscal que deve ser excluído, do conceito de receita, de acordo, aliás, como voto proferido pela Rel. Min. Cármen Lúcia, *verbis*:

“(…) parte do valor do ICMS destacado na ‘fatura’ é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições.

(…)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.”

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa oficial e ao recurso de apelação. O pedido de efeito ativo FICA PREJUDICADO.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.
2. A sentença ao explicitar o valor do ICMS a ser extirpado da base de cálculo das contribuições em análise, nada mais fez que aplicar a tese proferida no RE n.º 574.706, não havendo qualquer vício no *decisum*.
3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
4. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
5. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
6. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.
7. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis nºs 10.637/02 e 13.670/2018. Precedentes do STJ.
8. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.
8. Toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnaturada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate.
9. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa oficial e ao recurso de apelação. O pedido de efeito ativo FICOU PREJUDICADO., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008226-72.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: KELCO PET CARE PRODUTOS ANIMAIS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: MARCO AURELIO DE SOUZA - SP193035-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A, AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: KELCO PET CARE PRODUTOS ANIMAIS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: MARCO AURELIO DE SOUZA - SP193035-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A, AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração interpostos contra acórdão proferido nestes autos e cuja ementa tem o seguinte teor:

TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÕES PARA O INCRA, SESI, SENAI, SENAC, SESC, SEBRAE e FNDE – LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

1. A Emenda Constitucional 33/2001 deu nova redação ao § 2º do artigo 149 da Constituição Federal.

2. O caput do artigo 149 da Constituição Federal permaneceu sem alteração e com a mesma redação da Constituição de 1988, sendo a base das exações do INCRA, SESI, SENAI, SENAC, SESC, SEBRAE e FNDE.

3. As limitações introduzidas pela EC 33/2001 no § 2º do artigo 149 da Constituição Federal encontram-se no tempo verbal futuro, portanto tem a função de vincular o futuro legislador quando da criação de novas exações.

4. Apelação não provida.

Sustenta o embargante que o “decisum” incorreu em contradição, ao sugerir que a controvérsia contida nos presentes autos já teria sido julgada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, quando na verdade a matéria não foi objeto de julgamento pelo Pretório Excelso. Por outro lado, entende que o julgado ao dar interpretação equivocada ao uso do verbo “poderão”, constante do artigo 149, § 2º, III, da Constituição Federal (introduzido na Constituição pelo legislador constituinte derivado), incidiu em omissão quanto a hermenêutica constitucional em matéria tributária.

Pede o acolhimento dos embargos a fim de que sejam sanados os vícios apontados, bem como prequestionar a matéria.

A União apresentou resposta aos embargos de declaração, requerendo a rejeição do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008226-72.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: KELCO PET CARE PRODUTOS ANIMAIS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: MARCO AURELIO DE SOUZA - SP193035-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A, AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não existe, em qualquer hipótese, a contradição apontada pela embargante, quanto a alegação de que teria sugerido que a controvérsia contida nos presentes autos já teria sido julgada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, uma vez que constou do decisum que não se desconhecia “o fato de que, novamente, a questão da constitucionalidade das contribuições ao INCRA e SEBRAE está sendo submetida ao egrégio Supremo Tribunal Federal, agora sob a sistemática da repercussão geral”, sendo que a “análise é objeto dos RE’s 630.898 e 603.624, respetivamente, que ainda não foram julgados e não suspenderam a análise dos demais feitos com o mesmo objeto”. Portanto, houve informação expressa no corpo do voto condutor do julgado que a questão ainda não havia sido decidida definitivamente pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, por isso não prospera a alegação da embargante.

Por outro lado, em relação ao alegado emprego equivocado pelo Julgado do verbo “poderão”, constante do artigo 149, § 2º, III, da Constituição Federal, o que teria gerado omissão quanto a hermenêutica constitucional em matéria tributária, não prospera. Ocorre que, o argumento da embargante reflete apenas o seu inconformismo com o resultado do julga, visando o reexame da matéria. Portanto, a interpretação do termo “Poderão” se mostra adequada ao contexto, bem como a atual Jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, destaco questão de grande importância para a presente ação, que se refere ao RE 603.624/SC, que trata das contribuições para terceiros. Ocorre que, o egrégio Supremo Tribunal Federal atribuiu, em 21/10/2010, repercussão geral ao citado recurso. Contudo, em 23/09/2020, o plenário do Pretório Excelso, apreciando o tema 325, negou provimento ao RE 603.624/SC, tendo por maioria fixado a tese de que "As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001". Tendo em vista, o citado resultado do julgamento do RE 603.624/SC, que possui repercussão geral, apesar de ainda não haver publicação do Acórdão, a matéria encontra-se definitivamente decidida, impossibilitando entendimento diverso, portanto se aplica para todas as contribuições da presente ação, pois todas são contribuições para terceiros. Além disso, o Acórdão, ora embargado, decidiu no mesmo sentido da tese firmada no RE 603.624/SC, logo não existe a possibilidade de qualquer alteração no resultado deste

Portanto, há de se destacar que nos presentes embargos, na melhor das hipóteses, haveria intenção do embargante de apenas prequestionar a citada matéria, a fim de lhe abrir a via especial ou extraordinária, contudo o acórdão examinou a questão conforme o pedido constante na apelação, contrarrazões, sentença, jurisprudência e nos documentos acostados aos autos, inexistindo no julgado qualquer vício.

Ante o exposto, não contendo o acórdão embargado qualquer contradição ou omissão, conheço, mas rejeito os presentes embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONTRADIÇÃO – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – RECURSO REJEITADO

1. Não existe, em qualquer hipótese, a contradição apontada pela embargante, quanto a alegação de que teria sugerido que a controvérsia contida nos presentes autos já teria sido julgada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, uma vez que constou do *decisum* que não se desconhecia "o fato de que, novamente, a questão da constitucionalidade das contribuições ao INCRA e SEBRAE está sendo submetida ao egrégio Supremo Tribunal Federal, agora sob a sistemática da repercussão geral", sendo que a "análise é objeto dos RE's 630.898 e 603.624, respectivamente, que ainda não foram julgados e não suspenderam análise dos demais feitos com o mesmo objeto". Portanto, houve informação expressa no corpo do voto condutor do julgado que a questão ainda não havia sido decidida definitivamente pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, por isso não prospera a alegação da embargante.

2. Por outro lado, em relação ao alegado emprego equivocado pelo Julgado do verbo "poderão", constante do artigo 149, § 2º, III, da Constituição Federal, o que teria gerado omissão quanto a hermenêutica constitucional em matéria tributária, não prospera. Ocorre que, o argumento da embargante reflete apenas o seu inconformismo com o resultado do julga, visando o reexame da matéria. Portanto, a interpretação do termo "Poderão" se mostra adequada ao contexto, bem como a atual Jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 603.624/SC atribuiu, em 21/10/2010, repercussão geral, contudo, em 23/09/2020, o plenário do Pretório Excelso, apreciando o tema 325, negou provimento ao RE 603.624/SC, tendo por maioria fixado a tese de que "As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001". Tendo em vista, o citado resultado do julgamento do RE 603.624/SC, que possui repercussão geral, apesar de ainda não haver publicação do Acórdão, a matéria encontra-se definitivamente decidida, impossibilitando entendimento diverso, portanto se aplica para todas as contribuições da presente ação, pois todas são contribuições para terceiros. Além disso, o Acórdão, ora embargado, decidiu no mesmo sentido da tese firmada no RE 603.624/SC, logo não existe a possibilidade de qualquer alteração no resultado deste.

4. Há de se destacar que nos presentes embargos, na melhor das hipóteses, haveria intenção do embargante de apenas prequestionar a citada matéria, a fim de lhe abrir a via especial ou extraordinária, contudo o acórdão examinou a questão conforme o pedido constante na apelação, contrarrazões, sentença, jurisprudência e nos documentos acostados aos autos, inexistindo no julgado qualquer vício.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não contendo o acórdão embargado qualquer omissão, conheceu, mas rejeitou os presentes embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0013276-20.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

INTERESSADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

INTERESSADO: SUPERMERCADOS LUZITANA DE LINS LTDA

Advogado do(a) INTERESSADO: ARETHA BENETTI BERNARDI CORBUCCI - SP223294-N

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0013276-20.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

INTERESSADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

INTERESSADO: SUPERMERCADOS LUZITANA DE LINS LTDA

Advogado do(a) INTERESSADO: ARETHA BENETTI BERNARDI CORBUCCI - SP223294-N

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão (fls. 163/164) que indeferiu pedido de redirecionamento da execução fiscal, sob o fundamento de que, às dívidas tributárias, não se aplicam as disposições do art. 135, CTN.

Nas razões recursais, alegou o agravante Instituto Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial INMETRO que o redirecionamento do feito foi requerido em razão da dissolução irregular da pessoa jurídica executada, constatada a partir da visita do Oficial de Justiça ao local de funcionamento da empresa, embora encontre-se em situação de ativa.

Sustentou que dispensado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 e seguintes, CTN, porquanto a dissolução ilegal implica em responsabilização direta dos sócios da empresa.

Aduziu que a aplicação do art. 135, III, CTN, ao débito não tributário já foi objeto de Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.371.128/RS, possuindo força obrigatória, nos termos do art. 927, III, CPC.

Invocou a Súmula 435/STJ.

Requeru o provimento do agravo, com a reforma da decisão agravada, para autorizar o redirecionamento do feito aos sócios administradores ADALBERTO DIAS DOS SANTOS e JOSÉ DIAS DOS SANTOS NETO.

Pleiteou a atribuição de efeito suspensivo ao agravo (fl.2).

Indeferiu-se a atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

Os agravados ADALBERTO DIAS DOS SANTOS e JOSÉ DIAS DOS SANTOS NETO foram intimados, mas permaneceram-se inertes.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0013276-20.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

INTERESSADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

INTERESSADO: SUPERMERCADOS LUZITANA DE LINS LTDA

Advogado do(a) INTERESSADO: ARETHA BENETTI BERNARDI CORBUCCI - SP223294-N

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Quando se trata de dívida de natureza não tributária, é possível o redirecionamento do executivo fiscal, observadas as disposições do artigo 50 do Novo Código Civil, que assim prevê:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

São duas as hipóteses postas no dispositivo a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica para que se possa estender a responsabilidade aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica: desvio de finalidade e confusão patrimonial. Transcrevo passagem da obra Novo Código Civil Comentado, coordenada por Ricardo Fíza, que bem ilustra a assertiva acima:

Por isso o Código Civil pretende que, quando a pessoa jurídica se desviar dos fins determinantes de sua constituição, ou quando houver confusão patrimonial, em razão de abuso da personalidade jurídica, o órgão julgante, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, esteja autorizado a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica, para coibir fraudes de sócios que dela se valerem como escudo sem importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica. Com isso subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios; tal distinção, no entanto, é afastada, provisoriamente, para um dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (Ed. Saraiva, pág. 65, grifou-se)

Ademais, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (Tema 630):

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA EM VIRTUDE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ART. 10, DO DECRETO N. 3.078/19 E ART. 158, DA LEI N. 6.404/78 - LSA C/C ART. 4º, V, DA LEI N. 6.830/80 - LEF.

1. A mera afirmação da Defensoria Pública da União - DPU de atuar em vários processos que tratam do mesmo tema versado no recurso representativo da controvérsia a ser julgado não é suficiente para caracterizar-lhe a condição de *amicus curiae*. Precedente: REsp. 1.333.977/MT, Segunda Seção, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 26.02.2014.
2. Consoante a Súmula n. 435/STJ: *Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*.
3. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular; em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 à 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 - onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência - ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.
4. Não há como compreender que o mesmo fato jurídico "dissolução irregular" seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não-tributário. "Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio". O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e art. 158, da Lei n. 6.404/78 - LSA no âmbito não-tributário, não havendo, em nenhum dos casos, a exigência de dolo.
5. Precedentes: REsp. n. 697108 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 28.04.2009; REsp. n. 657935 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 12.09.2006; AgRg no AREsp 8.509/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4.10.2011; REsp 1272021 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.02.2012; REsp 1259066/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28/06/2012; REsp.n.º 1.348.449 - RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.04.2013; AgRg no AG nº 668.190 - SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13.09.2011; REsp. n.º 586.222 - SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23.11.2010; REsp 140564 / SP, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 21.10.2004.
6. Caso em que, conforme o certificado pelo oficial de justiça, a pessoa jurídica executada está desativada desde 2004, não restando bens a serem penhorados. Ouseja, além do encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, não houve a reserva de bens suficientes para o pagamento dos credores.
7. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, REsp 1.371.128 - RS, Relator MAURO CAMPBELL MARQUES).

Ainda, editada a Súmula 435/STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

Da prova documental carreada ao instrumento restou comprovada a dissolução irregular da empresa executada, na medida em que a executada não foi localizada em seu domicílio fiscal pelo Oficial de Justiça, em 2016 (Id 27715996 – fls. 196), legitimando o pedido.

Assim, reconhecida a infração à lei autorizadora do redirecionamento do feito, cabe ao MM Juízo *a quo* a apreciação das demais requisitos para a inclusão dos requeridos, considerando que ao tribunal é defeso a apreciação de questões ainda não decididas.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO – ART. 50, CC – DISSOLUÇÃO IRREGULAR – RECURSO REPETITIVO – TEMA 630 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Quando se trata de dívida de natureza não tributária, é possível o redirecionamento do executivo fiscal, observadas as disposições do artigo 50, CC.
2. São duas as hipóteses postas no dispositivo a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica para que se possa estender a responsabilidade aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica: desvio de finalidade e confusão patrimonial.
3. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (Tema 630): "Em execução fiscal de dívida ativa tributária ou não-tributária, dissolvida irregularmente a empresa, está legitimado o redirecionamento ao sócio-gerente". Ainda, editada a Súmula 435/STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".
4. Da prova documental carreada ao instrumento restou comprovada a dissolução irregular da empresa executada, na medida em que a executada não foi localizada em seu domicílio fiscal pelo Oficial de Justiça, em 2016 (Id 27715996 – fls. 196), legitimando o pedido.
5. Reconhecida a infração à lei autorizadora do redirecionamento do feito, cabe ao MM Juízo *a quo* a apreciação das demais requisitos para a inclusão do requerido, considerando que ao tribunal é defeso a apreciação de questões ainda não decididas.
6. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022056-19.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/12/2020 117/837

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TECNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A

AGRAVADO: SUELLEN ROSA DA SILVA

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022056-19.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TECNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A

AGRAVADO: SUELLEN ROSA DA SILVA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu a realização de INFOJUD, sob o entendimento de constituir quebra de sigilo fiscal, em sede de execução fiscal.

Nas razões recursais, alegou o agravante CONSELHO REGIONAL DOS TÉCNICOS EM RADIOLOGIA –5ª REGIÃO que frustradas as diligências empenhadas na tentativa de localização de bens de propriedade do executado; que requereu, nos termos do art. 854, CPC, considerando a preferência da construção de dinheiro, a utilização do sistema BacenJud, que restou negativo, assim como foi sem sucesso a tentativa de localização de bens pelo sistema RENAJUD; que também a diligência realizada pelo Oficial de Justiça não logrou êxito, não restando outra alternativa senão pugnar pela pesquisa junto ao sistema RECEITANET/INFOJUD.

Ressaltou que a execução é movida no interesse do credor, a teor do disposto no artigo 715, CPC e que o sistema RECEITANET/INFOJUD é ferramenta idônea a simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados de tal modo que a utilização do sistema informatizado permite maior celeridade do processo (prática de atos com menor dispêndio de tempo e de recursos) e contribui para a efetividade da tutela jurisdicional.

Pugnou pelo provimento do agravo, para reformar a decisão agravada, determinando-se a utilização do sistema RECEITANET/INFOJUD, para o fim de localizar bens passíveis de construção em nome do Agravado.

Sem contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022056-19.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TECNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A

AGRAVADO: SUELLEN ROSA DA SILVA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Bacenjud é o sistema eletrônico de comunicação entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, por intermédio do Banco Central, possibilitando à autoridade judiciária encaminhar requisições de informações e ordens de bloqueio, desbloqueio e transferência de valores, bem como realizar consultas referentes a informações de clientes mantidas em instituições financeiras; RENAJUD, uma ferramenta eletrônica que interliga o Poder Judiciário e o Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN, possibilitando a efetivação de ordens judiciais de restrição de veículos cadastrados no Registro Nacional de Veículos Automotores - RENAVAM; e INFOJUD, o sistema de acesso on-line ao cadastro de contribuintes na base de dados da Receita Federal, além de declarações de imposto de renda e de imposto territorial rural.

A hodierna jurisprudência, da mesma forma que o entendimento aplicado na hipótese de penhora eletrônica de ativos financeiros, via Bacenjud, a partir da vigência da Lei nº 11.382/2006, consolidou-se no sentido de que desnecessário esgotamento de diligências tendentes a localizar bens passíveis de penhora, assim como para a utilização do convênio do RENAJUD e INFOJUD.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. INFOJUD. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS BUSCAS POR BENS DO DEVEDOR. 1. Consoante orientação deste Superior Tribunal de Justiça, após a edição da Lei nº 11.382/2006, não mais se exige a comprovação do esgotamento das vias extrajudiciais em busca de bens penhoráveis para a utilização do Sistema BACENJUD, não havendo, pois, a obrigatoriedade de exaurimento de diligências por parte da exequente para a localização de bens do devedor (Nesse sentido: EREsp 1.086.173/SC, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 1º.2.2011). Esse mesmo entendimento deve ser aplicado também ao INFOJUD, porquanto se trata de meio colocado à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados. 2. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no AREsp 1398071 / RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 15/03/2019) (grifos)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. SISTEMAS BACENJUD, RENAJUD E INFOJUD. POSSIBILIDADE. 1. Os sistemas Renajud e Infojud, da mesma forma que o Bacenjud, constituem ferramentas que visam simplificar e agilizar a busca por bens aptos à satisfação do crédito executado. II. Neste contexto, considerando os princípios da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional que informam o sistema processual pátrio, é cabível a utilização destes sistemas de pesquisa, sem a necessidade de prévio exaurimento de diligências por parte da exequente, a teor do entendimento firmado pelo STJ no tocante ao sistema Bacenjud. III. Agravo de instrumento a que se dá provimento. (TRF 3ª Região, AI 5007721-29.2019.4.03.0000, 1ª Turma, Rel. NOEMI MARTINS DE OLIVEIRA, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 01/04/2020)

EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PESQUISA DE ENDEREÇO DA EXECUTADA ATRAVÉS DO SISTEMA INFOJUD E/OU WEBSERVICE. ADMISSIBILIDADE - EXIGÊNCIA DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS DE LOCALIZAÇÃO DA DEVEDORA. DESCABIMENTO. PROVIMENTO. 1. No tocante à penhora de valores constantes de instituição financeira, de acordo com o entendimento firmado pelo STJ no REsp 1.184.765/PA, sob o rito instituído pelo art. 543-C do CPC/73, adotado também por esta Terceira Turma, diante do caráter preferencial do dinheiro como objeto de penhora, estabelecido no art. 11, I, da Lei n. 6.830/80 e no art. 655, I, do CPC (com a redação conferida pela Lei n. 11.382/06), torna-se prescindível a busca de outros meios de garantia antes de realizar a constrição sobre dinheiro. 2. A jurisprudência firmada pela Terceira Turma desta Corte Regional é no sentido de admitir o bloqueio de numerário mesmo antes de realizada a citação da parte executada, com o propósito de garantir maior efetividade da medida. Precedentes. 3. Segundo entendimento firmado no C. Superior Tribunal de Justiça, deve ser aplicado ao RENAJUD e ao INFOJUD o mesmo regramento previsto para o BACENJUD, uma vez que se tratam de meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens da parte executada aptos a satisfazer os créditos em execução. Precedente. 4. O caso ora em exame trata da hipótese de pedido de pesquisa de endereço da devedora por meio do Sistema INFOJUD e/ou Webservice. 5. Analisando o executivo fiscal (ExFis 5001574-36.2017.4.03.6182), observo que o exequente tentou promover a citação da devedora, mas as diligências resultaram infrutíferas. 6. Se a medida mais grave (penhora eletrônica) prescinde do esgotamento das pesquisas patrimoniais, e pode ser efetivada antes mesmo da citação, segundo o entendimento desta Terceira Turma, a exigência de esgotamento de diligências pelo exequente para deferimento da pesquisa de endereços pelo Sistema INFOJUD e/ou Webservice não é razoável, tendo em vista a imprescindível aplicação do brocardo jurídico segundo o qual "quem pode o mais, pode o menos". 7. Agravo de instrumento provido. (TRF 3ª Região, AI 5030240-95.2019.4.03.0000, Rel. Cecília Marcondes, 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/03/2020)

Compulsando os autos, verifica-se que o exequente esgotou as diligências no sentido de localizar bens de propriedade do executado, constando dos autos o negativo mandado de penhora (Id 14395576 dos autos originários); a pesquisa negativa junto ao RENAJUD (Id 34625854 dos autos originários) e junto ao BACENJUD (Id 29296901 dos autos originários).

Destarte, tem cabimento o deferimento da medida pleiteada, considerando, também, a necessidade de satisfação do crédito público.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – INFOJUD – ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS – DESNECESSIDADE – RECURSO PROVIDO.

1.O Bacenjud é o sistema eletrônico de comunicação entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, por intermédio do Banco Central, possibilitando à autoridade judiciária encaminhar requisições de informações e ordens de bloqueio, desbloqueio e transferência de valores, bem como realizar consultas referentes a informações de clientes mantidas em instituições financeiras; RENAJUD, uma ferramenta eletrônica que interliga o Poder Judiciário e o Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN, possibilitando a efetivação de ordens judiciais de restrição de veículos cadastrados no Registro Nacional de Veículos Automotores - RENAVAM; e INFOJUD, o sistema de acesso on-line ao cadastro de contribuintes na base de dados da Receita Federal, além de declarações de imposto de renda e de imposto territorial rural.

2. A hodierna jurisprudência, da mesma forma que o entendimento aplicado na hipótese de penhora eletrônica de ativos financeiros, via Bacenjud, a partir da vigência da Lei nº 11.382/2006, consolidou-se no sentido de que desnecessário esgotamento de diligências tendentes a localizar bens passíveis de penhora, assim como para a utilização do convênio do RENAJUD e INFOJUD.

3.O exequente esgotou as diligências no sentido de localizar bens de propriedade do executado, constando dos autos o negativo mandado de penhora (Id 14395576 dos autos originários); a pesquisa negativa junto ao RENAJUD (Id 34625854 dos autos originários) e junto ao BACENJUD (Id 29296901 dos autos originários). Destarte, tem cabimento o deferimento da medida pleiteada, considerando, também, a necessidade de satisfação do crédito público.

4.Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000796-75.2014.4.03.6112

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: JD FOMENTO MERCANTIL LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: JOSE UBIRAJARA DE OLIVEIRA FONTES - SP130091

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: LUCIANO DE SOUZA - SP211620-A, LEANDRO CINTRA VILAS BOAS - SP234688-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000796-75.2014.4.03.6112

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: JD FOMENTO MERCANTIL LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: JOSE UBIRAJARA DE OLIVEIRA FONTES - SP130091

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: LUCIANO DE SOUZA - SP211620-A, LEANDRO CINTRA VILAS BOAS - SP234688-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por JF FOMENTO MERCANTIL LTDA em face do Conselho Regional de Administração de São Paulo - CRA/SP, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a registrar-se bem como a declaração de nulidade do auto de infração. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 2.677,00.

Informa a autora que exerce a atividade de factoring, na modalidade convencional, que culmina na negociação de títulos, por ocasião da compra de créditos mercantis, não se assemelhando por aquelas desenvolvidas por um administrador. (ID 89850803)

O Conselho Regional de Administração apresentou contestação. (fs. 41/48)

A autora apresentou a réplica.

O MM. Juiz *a quo* reconheceu a incompetência da justiça estadual e determinou a remessa dos autos a uma das Varas da Justiça Federal.(fs. 92/95)

O juízo de origem julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento de honorários fixados em R\$ 1.500,00, corrigidos a partir desta data nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Apelou a autora sustentando que o Factoring se revela como um mecanismo de várias funções e atividades que visam o acompanhamento permanente de todas as atividades das empresas que o exercitam, com análise de natureza técnica, não podendo ser enquadrado em nenhuma atribuição legal específica da profissão de Administrador, nos termos do art. 10 da Lei nº 6.839/80. Sustenta que não infringiu a Lei nº 4.769/65, pois as atividades constantes de seu contrato social não se encontram entre as elencadas na lei.

Apresentada as contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000796-75.2014.4.03.6112

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: JD FOMENTO MERCANTIL LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: JOSE UBIRAJARA DE OLIVEIRA FONTES - SP130091

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: LUCIANO DE SOUZA - SP211620-A, LEANDRO CINTRA VILAS BOAS - SP234688-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cuida-se de ação ordinária objetivando a empresa autora não ser compelida a ter seu registro no CRA-SP.

A autora é empresa que desenvolve atividade de *factoring*, nos termos do artigo 14 da Lei nº 9.718/88 e alega que foi compelida pelo réu a se inscrever, sob o fundamento de que as empresas de *factoring* exercem atividade básica ou final de prestação de serviços técnicos de administração.

O critério de obrigatoriedade de registro da pessoa jurídica no Conselho Profissional é determinado pela atividade básica realizada na empresa ou pela natureza dos serviços prestados. A Lei nº 6.839/80, ao regulamentar a matéria, dispôs em seu art. 1º que a inscrição deve levar em consideração a atividade básica ou em relação à qual a empresa e os profissionais prestem serviços a terceiros.

Neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE ADMINISTRADOR. EMPRESA NÃO REGISTRADA NO ÓRGÃO. NÃO-OBIGATORIEDADE DE PRESTAR INFORMAÇÕES. 1. O critério legal de obrigatoriedade de registro no Conselho profissional é determinado pela atividade básica da empresa ou pela natureza dos serviços prestados. 2. O Tribunal de origem, ao analisar o objeto social descrito no estatuto da empresa recorrente, reconheceu expressamente que suas atividades - fabricação e comercialização de gases e outros produtos químicos - não estariam sujeitas a registro no CRA. 3. Em face da ausência de previsão legal, inaplicável multa à recorrente sob o fundamento de que teria se recusado a prestar informações ao CRA. 4. Recurso Especial provido.”

(RESP 200800726124, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:09/10/2009)

A atividade principal de *factoring* pode estar relacionada com outras dela decorrentes, chamadas de atividades secundárias, que não implicam na necessidade de inscrição perante o Conselho. Entretanto, como bem salientou o Exmo. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, no REsp 1236002/ES, deve ser objetivamente observada a atividade principal da empresa. Se esta consistir em operação de natureza eminentemente mercantil, não há necessidade do registro. Porém, ao analisar o contrato social, se a atividade básica desenvolvida por ela exigir conhecimentos técnicos específicos na área de administração mercadológica e de gerenciamento, atinentes às esferas financeira e comercial, não se trata de *factoring* convencional, sendo necessário o respectivo Conselho Regional de Administração.

Neste sentido, trago o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. EMPRESA QUE SE DEDICA À ATIVIDADE DE FACTORING. REGISTRO NO RESPECTIVO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.236.002/ES, Rel.

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, consignou que os escritórios de *factoring* não precisam ser registrados nos conselhos regionais de administração quando suas atividades são de natureza eminentemente mercantil - ou seja, desde que não envolvam gestões estratégicas, técnicas e programas de execução voltados a um objetivo e ao desenvolvimento de empresa.

2. De acordo com o referido julgado, a inscrição é dispensada em casos em que a atividade principal da empresa recorrente consiste em operação de natureza eminentemente mercantil, prescindindo, destarte, de oferta às empresas-clientes de conhecimentos inerentes às técnicas de administração ou de administração mercadológica ou financeira. Ficou ainda esclarecido que não há "se comparar a oferta de serviço de gerência financeira e mercadológica - que envolve gestões estratégicas, técnicas e programas de execução voltados a um objetivo e ao desenvolvimento da empresa - com a aquisição de um crédito a prazo pela solvabilidade dos efetivos devedores dos créditos vendidos".

3. No caso dos autos, o Tribunal local, analisando o contrato social da empresa, apontou as seguintes atividades desenvolvidas pela recorrente: "a) prestação de serviços, em caráter contínuo, de alavancagem mercadológica ou de acompanhamento das contas a receber e a pagar ou de seleção e avaliação dos sacados devedores ou dos fornecedores das empresas-clientes contratantes; b) conjuntamente, na compra, à vista, total ou parcial, de direitos resultantes de vendas mercantis e/ou de prestação de serviços realizadas a prazo por suas empresas clientes-contratantes; c) realização de negócios de *factoring* no comércio internacional de exportação e importação;

d) participação em outras sociedades como sócia, acionista ou quotista; e) prestação de serviços de assessoria empresarial" (cláusula terceira do contrato social de 3/3/2004, fls. 48/69; cláusula terceira da alteração do contrato social de 22/2/2005, fls. 70/93)".

4. Sendo certo que as atividades da empresa não se enquadram apenas como *factoring* convencional, é mister a inscrição no Conselho Regional de Administração.

5. Recurso Especial não provido.

(Resp 1587600/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 24/05/2016)

No presente caso, a autora afirma que é empresa que desenvolve atividade de *factoring*, nos termos do artigo 14 da Lei nº 9.718/88. Contudo, observo que o objeto social da empresa consiste em "Prestar serviços em caráter cumulativo e contínuo de: acompanhamento comercial e das contas a receber, exame da situação creditícia das empresas compradoras dos produtos; intermediação na compra de matéria-prima e insumos; Conjuntamente, na compra, à vista, total ou parcial de direitos, resultantes de vendas mercantis e/ou de prestação de serviços realizadas a prazo por suas empresas - clientes contratantes; Na realização de negócios de *factoring*, no comércio nacional e internacional de importação e exportação. § 1- A sociedade poderá participar conto sócia ou acionista de outras sociedades."

Verifica-se que a atividade da autora consiste na prestação de serviços de orientação, pesquisa e alavancagem mercadológica, análise de risco de crédito, acompanhamento de contas a pagar e a receber, bem como participação, como quotista ou acionista, de quaisquer outras sociedades, típicos da atividade administrativa.

Portanto, é devido o registro da empresa autora no Conselho de Administração.

Neste sentido, tem julgado esta E. Corte em casos semelhantes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. CRA/SP. EMPRESA. ATIVIDADE PRINCIPAL. FACTORING NÃO CONVENCIONAL. OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

- Não merecem guarida as alegações de violação ao princípio da não surpresa, tampouco do 489, § 1º, inciso VI, do CPC e da ampla defesa, uma vez que a presunção de veracidade das alegações de fato formuladas pelo autor não implica o reconhecimento automático ou obrigatório do direito pretendido (arts. 344 e 345, inciso IV, do CPC). Ademais, ao contrário do alegado, encontra-se suficientemente fundamentada a sentença.

- No caso concreto, o documento registrado sob id 2306818 (Contrato Social) demonstra que, à época da lavratura do auto de infração, como assinalado na sentença, a empresa/autora ostentava por objeto social: Cláusula 3ª. A sociedade tem por objeto a prestação contínua dos serviços de avaliação das empresas-clientes, de seus devedores e de seus fornecedores, de acompanhamento de suas contas a receber e a pagar bem como de fomento a seu processo produtivo e/ou mercadológico, conjuntamente ou não com a compra, à vista, total ou parcial, de direitos creditórios, assim definidos na Resolução nº 2.907, de 29 de novembro de 2001, do Conselho Monetário Nacional, bem como nas Instruções Normativas CVM nº 356, de 17.12.2001, e nº 393, de 22.07.2003. Constatou-se que sua atividade-fim enquadra-se naquelas previstas no artigo 2º da Lei nº 4.769/65, haja vista que, conforme corretamente assinalado pelo provimento de 1º grau de jurisdição, engloba não somente as atividades de *factoring* convencional, ao consignar as concernentes à Administração (fomento a mercado produtivo e mercadológico), nos termos da legislação citada. Nesse contexto, não se aplica in casu o precedente citado pela apelante (REsp nº 1.236.002), uma vez que não exerce atividade eminentemente mercantil. Precedentes.

- Afigura-se descabida a alegação de que o ônus da prova na presente demanda é do recorrido, que deveria demonstrar a prática de administração financeira e mercadológica, dado que, como explicitado, a documentação carreada mostra-se suficiente para o deslinde da causa. Além disso, o próprio apelante afirma, nas razões do apelo, que a parte apelada apresentou petição, na qual, com base no contrato social, insiste que a recorrente pratica atos exclusivos de profissionais da área de administração.

- Destarte, não merece reparos a sentença, uma vez que a parte autora se encontra obrigada ao registro no Conselho Regional de Administração - CRA, conforme a legislação pertinente e jurisprudência destacados.

- Recurso de apelação negado.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002364-15.2017.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 12/05/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 18/05/2020)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. EMPRESA DE FOMENTO MERCANTIL CUJAS ATIVIDADES NÃO SE LIMITAM AO FACTORING CONVENCIONAL. ASSESSORAMENTO QUE INCLUI ATOS TÍPICOS DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA E MERCADOLÓGICA. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO (CRA/SP) – PERTINÊNCIA.

1. A averiguação acerca da necessidade de registro junto ao CRA/SP deve ter por supedâneo a atividade básica exercida pelo profissional liberal ou empresa, assim entendida como aquela de natureza preponderante.

2. A questão atinente à definição da necessidade do registro das empresas de fomento mercantil (factoring) perante os Conselhos Regionais de Administração depende em especial da delimitação do âmbito de suas atividades: se atuam como factorings convencionais, o registro não se faz necessário, pois se trata de atividade básica cuja natureza é estritamente mercantil. Entretanto, caso, de modo diverso, as atividades preponderantemente desenvolvidas por estas empresas extrapolem este âmbito de atuação, de forma a abrangerem também atos típicos de gestão/administração empresarial, resta evidenciado o exercício de atividade privativa do Administrador e, por conseguinte, o registro no Conselho em questão mostra-se de rigor.

3. No que concerne ao caso concreto, infere-se do objeto social da empresa que as atividades por ela desenvolvidas não se restringem ao fomento mercantil convencional.

4. Considerando que o próprio objeto social da empresa indica que suas atividades básicas não se limitam ao fomento mercantil, mas alcançam atos típicos de administração, mostra-se pertinente que se submeta ao registro perante o órgão de classe responsável pela fiscalização destas atividades (CRA/SP). Precedentes (STJ e TRF3).

5. Apelação do CRA/SP provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000615-05.2017.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, Rel. p/ acórdão Desembargadora Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 29/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/11/2019)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMPRESA DE FACTORING. INSCRIÇÃO NO CRA-SP. ATIVIDADE BÁSICA DA EMPRESA NA ÁREA TÉCNICA DE ADMINISTRAÇÃO. CABIMENTO DE REGISTRO NO CONSELHO PROFISSIONAL. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS.

1-A autora é empresa que desenvolve atividade de *factoring*, nos termos do artigo 14 da Lei nº 9.718/88 e alega que foi compelida pelo réu a se inscrever, sob o fundamento de que as empresas de *factoring* exercem atividade básica ou final de prestação de serviços técnicos de administração.

2-O critério de obrigatoriedade de registro da pessoa jurídica no Conselho Profissional é determinado pela atividade básica realizada na empresa ou pela natureza dos serviços prestados. A Lei nº 6.839/80, ao regulamentar a matéria, dispôs em seu art. 1º que a inscrição deve levar em consideração a atividade básica ou em relação àquela pela qual as empresas e os profissionais prestem serviços a terceiros.

3-No presente caso, a autora afirma que é empresa que desenvolve atividade de *factoring*, nos termos do artigo 14 da Lei nº 9.718/88. Contudo, observo que o objeto social da empresa consiste em “prestação de serviços convencionais ou extraordinários, em caráter contínuo, de orientação, pesquisa e alavancagem mercadológica, análise de risco de crédito, acompanhamento de contas a pagar e a receber, a aquisição parcial ou total de créditos ou ativos resultantes de vendas mercantis ou de prestações de serviços, e a participação, como quotista ou acionista, de quaisquer outras sociedades.”

4-A atividade principal de *factoring* pode estar relacionada com outras dela decorrentes, chamadas de atividades secundárias, que não implicam na necessidade de inscrição perante o Conselho.

5-Entretanto, como bem salientou o Exmo. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, no EREsp 1236002/ES, deve ser objetivamente observada a atividade principal da empresa. Se esta consistir em operação de natureza eminentemente mercantil, não há necessidade do registro. Porém, ao analisar o contrato social, se a atividade básica desenvolvida por ela exigir conhecimentos técnicos específicos na área de administração mercadológica e de gerenciamento, atinentes às esferas financeira e comercial, não se trata de *factoring* convencional, sendo necessário o respectivo Conselho Regional de Administração.

6-No caso em análise, o contrato social da autora é expresso ao apontar a prestação de serviços de orientação, pesquisa e alavancagem mercadológica, análise de risco de crédito, acompanhamento de contas a pagar e a receber, bem como participação, como quotista ou acionista, de quaisquer outras sociedades, típicos da atividade administrativa.

7-Portanto, é devido o registro da empresa autora no Conselho de Administração.

8. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029309-58.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

AGRAVADO: LUCIA APARECIDA PASSOS CRUNFLI

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029309-58.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

AGRAVADO: LUCIA APARECIDA PASSOS CRUNFLI

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A senhora Juíza Federal convocada Denise Avelar (relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo**, contra a r. decisão de ID 39073211 exarada nos autos da execução fiscal nº 5004593-16.2018.4.03.6182, movida em face de **Lucia Aparecida Passos Crunfli**, e em trâmite perante o Juízo da 5ª Vara de Execuções Fiscais Federal de São Paulo/SP, no âmbito da qual indeferido o pedido de constrição pelo sistema BACENJUD.

Em síntese, o agravante alega que o artigo 835, inciso I, do Código de Processo Civil estabelece como primeiro bem na ordem legal de penhora o dinheiro, sendo autorizada expressamente a constrição de valores, preferencialmente por meio eletrônico, nos termos do artigo 854 do mesmo Diploma Legal.

Ressalta que a aplicação do dispositivo em apreço visa assegurar o direito constitucional à razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF) e a utilização dos meios e instrumentos que garantam a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional.

Argumenta que a lei não estabelece valor mínimo para a realização da penhora via BACENJUD, não importando se o valor buscado na execução é vultoso ou não, de sorte que o julgador não pode limitar a penhora on-line às execuções fiscais com valor superior a 40 salários mínimos, como ocorreu no caso em tela.

Por fim, sustenta que apenas a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários-mínimos, é impenhorável, aí não se compreendendo a conta corrente vinculada a transações corriqueiras.

A parte agravada não foi intimada, haja vista que não possui advogado constituído nos autos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029309-58.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

AGRAVADO: LUCIA APARECIDA PASSOS CRUNFLI

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A senhora Juíza Federal convocada Denise Avelar (relatora): Com o advento da Lei nº 11.382/2006, que alterou o Código de Processo Civil de 1973, e da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o atual Código de Processo Civil, restou superado o entendimento de que seria excepcional e extraordinária a penhora de dinheiro depositado em instituição financeira.

Deveras, resulta do sistema processual que a penhora em dinheiro é opção preferencial, cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade ou pedir a substituição por outro bem cuja constrição seja-lhe menos onerosa e igualmente capaz de garantir a execução (Código de Processo Civil de 2015: artigos 835, inciso I e § 1º, 854, § 2º, e 847).

Nesse sentido, veja-se:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CREA. ADESÃO AO PARCELAMENTO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.

1. Conforme assente na jurisprudência, cabe extinção de embargos à execução fiscal, por falta de interesse de agir, quando o devedor adere ao parcelamento da dívida executada, o que não prejudica, no entanto, o exame de questões de ordem pública.

2. A citação por edital foi regular, na medida em que precedida por certidão, de oficial de Justiça, no sentido de que o citando não foi localizado, apesar dos esforços realizados, não elidindo, de sua vez, a validade do ato a comprovação de parcelamento, rescindido por descumprimento.

3. Não houve violação do artigo 8º da Lei 12.514/2011, vez que tal preceito não se aplica às execuções fiscais ajuizadas anteriormente à respectiva vigência, como é o caso.

4. Quanto à prescrição, a informação de parcelamento afeta o curso da prescrição, na medida em que não corre o lapso da prescrição enquanto vigente o acordo. Ao devedor incumbia demonstrar não ter havido ato interruptivo ou impeditivo da prescrição, para além de simplesmente alegar o decurso do prazo sem impugnar ou tratar da informação de parcelamento.

5. Acerca da decadência, não existem elementos de comprovação, vez que, referindo-se a anuidades ao período de 2004 e 2005, houve procedimento administrativo em 2008, que gerou a inscrição ainda em tempo, sem qualquer prova da falta de notificação do contribuinte para o pagamento, à luz da jurisprudência consolidada.

6. Finalmente, com relação à impenhorabilidade, não existe prova nos autos de que se trate de verba alimentar, configurando ônus do executado a demonstração do fato impeditivo ou modificativo do direito do exequente.

7. Apelação desprovida.”

(AP 0001436-28.2016.4.03.6106, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2017) (grifei)

Em outras palavras, é da lei que, atualmente, primeiro se faz a penhora online e, posteriormente, e ainda assim conforme o caso, ela pode ser levantada ou substituída.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada em julgamento na sistemática dos recursos repetitivos: REsp 1184765/PA, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/12/2010.

Assim, ao impedir a constrição pelo sistema BACENJUD por risco de atingimento de bens impenhoráveis, como o fez na decisão agravada, o MM. Magistrado de primeiro grau destoa do precedente acima mencionado, e efetua imposição de requisito semprevisão legal, além de menosprezar a preferência do dinheiro para garantia da execução fiscal.

Como se sabe, não podem ser tolhidos os mecanismos legais disponíveis à exequente para satisfação do seu crédito, sob pena de ilegal constrangimento ao prosseguimento da execução. Desse modo, a vedação imposta não pode subsistir.

Além disso, a impenhorabilidade dos ativos financeiros, se encontrados e constritos, deve ser demonstrada pelo executado, sendo ônus desse a comprovação de causa impeditiva do direito do credor. Não se pode olvidar que, embora o montante cobrado seja inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, há possibilidade de o devedor possuir ativos em quantia superior à fixada em lei como protegida pela regra da impenhorabilidade, e o excedente é passível de penhora.

Insta ressaltar que a utilização dos sistemas INFOJUD, BACENJUD e RENAJUD, para localização do devedor e seus bens e determinação de constrição eletrônica de bens e ativos financeiros, é de grande valia, haja vista que as pesquisas são realizadas de forma célere, sendo possível a comunicação imediata de ordens judiciais, resultando em melhor prestação jurisdicional e real salvaguarda do direito do credor a receber o que lhe é devido, sendo recomendada pelo CNJ, em sua resolução nº 51.

Destaque-se, outrossim, que a jurisprudência atual não requer o esgotamento de outras diligências para que sejam usados os sistemas a disposição do Juízo com o intuito de localizar o executado e seus bens. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONSULTA AO SISTEMA INFOJUD. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS A FIM DE LOCALIZAR BENS DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 535, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

2. A instância de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não emitiu juízo de valor sobre o art. 620 do CPC/1973 (princípio da menor onerosidade) e 185-A do CTN (cabimento da indisponibilidade dos bens).

3. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. O acórdão recorrido consignou: “A questão centra-se na insatisfação das agravantes ante a decisão monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento, mantendo a decisão agravada que deferiu a penhora “online” pelo sistema BACEN-JUD. (...) Quanto ao bloqueio dos depósitos bancários, não restou comprovado a natureza salarial dos valores bloqueados, sendo certo que a matéria não comporta mais discussão, pois em Recurso Repetitivo (STJ REsp 1, 112.943-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, ocorrido em 15/09/2010), ficou sedimentado o entendimento da possibilidade da penhora “online” pelo sistema BACENJUD, sem a necessidade prévio exaurimento na busca de outros bens do executado, colacionando para tanto, julgados que perfilham este entendimento.” (fl. 614, e-STJ)

5. O Tribunal a quo está em consonância com o Superior Tribunal de Justiça que em precedente submetido ao rito do art. 543-C firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on-line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal. (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017).

6. Recurso Especial não conhecido.”

(REsp 1724422/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 22/05/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMAS BACEN-JUD, RENAJUD OU INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização dos sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD não estaria condicionada ao esgotamento de diligências.

2. Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

3. Recurso especial a que se dá provimento.”

(REsp 1703669/RJ, Relator Ministro OG FERNANDES, STJ - Segunda Turma, DJe 26/02/2018) (grifei)

Logo, não pode permanecer a decisão agravada, devendo ser permitido o bloqueio de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ANUIDADES. CONSTRIÇÃO PELO SISTEMA BACENJUD. PEQUENO VALOR. POSSIBILIDADE. ÔNUS DO DEVEDOR DEMONSTRAR A IMPENHORABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A penhora em dinheiro é opção preferencial, cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade ou pedir a substituição por outro bem cuja constrição seja-lhe menos onerosa e igualmente capaz de garantir a execução (Código de Processo Civil de 2015: artigos 835, inciso I e § 1º, 854, § 2º, e 847).

2. Embora o montante cobrado seja inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, há possibilidade de o devedor possuir ativos em quantia superior à fixada em lei como protegida pela regra da impenhorabilidade, e o excedente é passível de penhora.

3. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008994-84.2020.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: NEILTON HONORIO GOMES

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANIEL PEREIRA GOMES JUNIOR - SP448354-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança deferido para garantir apreciação de recurso administrativo referente a benefício previdenciário.

Não houve recurso voluntário.

É o relatório.

DECIDO.

Nos termos do artigo 932, CPC, incumbe ao relator, por decisão monocrática: **não conhecer de recurso** inadmissível, prejudicado ou não impugnado em específico quanto aos fundamentos da decisão recorrida (inciso III); **negar provimento a recurso** contrário a súmulas de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso IV, a), a julgados repetitivos de Cortes Superiores (inciso IV, b) e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso IV, c); e, facultadas contrarrazões, **dar provimento ao recurso** se a decisão recorrida contrariar súmula de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso V, a), julgado repetitivo de Cortes Superiores (inciso V, b), e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso V, c).

Segundo a Corte Superior, a legislação processual também permite “ao relator decidir monocraticamente o recurso, quando amparado em jurisprudência dominante ou Súmula de Tribunal Superior, consoante exegese do art. 932, IV e V, do CPC/2015. Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno” (AgInt nos EDcl no CC 139.267/PE, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 18/11/2016).

Em se tratando de remessa oficial, dispõe o artigo 496, § 4º, CPC, sobre as hipóteses em que a sentença não se sujeita ao reexame obrigatório, em equivalência com hipóteses versadas no artigo 932, CPC, reforçando a conclusão de que a sentença que se conforme à jurisprudência consolidada não deve ser admitida, através seja de recurso voluntário, seja de remessa oficial.

Na espécie, discute-se a mora administrativa em observar prazo legal em procedimento administrativo, violando, em específico, regras da Lei 9.784/1999 (artigos 24, 49 e 59, § 1º), além do princípio da duração razoável do processo (artigos 37, caput, CF, e 2º, caput, da Lei 9.784/1999).

Encontra-se consolidada, a propósito, a jurisprudência sobre a matéria, conforme revelam, entre outros, os seguintes arestos, inclusive da Corte Superior:

MS 24.745, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 06/09/2019: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NÃO OBSERVADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Trata-se de Mandado de Segurança que tem como base o excesso de prazo para análise de pedido administrativo, datado de 6.3.2018, de substituição da CNTV pela impetrante na Comissão Consultiva para Assuntos de Segurança Privada - CCASP, o que não é negado pela autoridade impetrada. 2. Diante do longo lapso temporal, é irrelevante averiguar culpa de terceiros ou complexidade da matéria no trâmite, já que a razoável duração do processo, garantia individual desrespeitada na hipótese, impõe à Administração, como um todo, resposta à tutela pleiteada em tempo adequado, situação não constatada na hipótese. 3. “O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, ‘a’, da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta. (...) A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1º, caput, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009” (MS 19.132/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 27.3.2017). 4. A autoridade impetrada deve, no prazo do art. 49 da Lei 9.784/1999, decidir o requerimento administrativo. 5. Mandado de Segurança concedido.”

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas."

Na espécie, o recurso administrativo foi interposto em 26/10/2018 e se encontra sem andamento desde 04/01/2020 (ID 148289765), sendo analisado somente em 06/10/2020 (ID 148289791), após a concessão da segurança, revelando que a sentença encontra-se em plena conformidade com a jurisprudência consolidada, a ser aplicada para prestigiar a celeridade e a eficiência especialmente no trato de pedido de natureza previdenciária ou assistencial pelo caráter alimentar da prestação, reforçando-se o acerto do julgado diante da própria falta de recurso voluntário da autarquia.

Ante o exposto, com fundamento no 496, § 4º, II, do CPC, não conheço da remessa oficial.

Oportunamente, baixem-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026699-20.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: RAINHA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: OCTAVIANO CANCIAN NETO - SP237641-A, DAVID FERNANDES VIDA DA SILVA - SP2218290A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026699-20.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: RAINHA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: OCTAVIANO CANCIAN NETO - SP237641-A, DAVID FERNANDES VIDA DA SILVA - SP2218290A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **RAINHA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA - ME**, contra a decisão proferida nos autos de ação declaratória nº 5009947-88.2020.4.03.6105, em trâmite pelo procedimento comum perante o Juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campinas/SP, no âmbito da qual deferida tutela provisória para permitir a exclusão do valor relativo ao ICMS a recolher pelo contribuinte presente na base de cálculo para o PIS e COFINS.

A parte agravante alega, em síntese, que:

a) "entendimento consolidado nos Tribunais Federais (exclusão ICMS destacado nas NF's) é aquele consequente da própria decisão em repercussão geral, pelo que não há que se falar na restrição adotada na r. decisão atacada";

b) "no lucro presumido o faturamento está contabilmente escriturado com todo o ICMS, em que pese ele não "guardar definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições" (voto Min. Carmen Lucia – RE 574.706)"

c) "entendimento consolidado nos Tribunais Federais (exclusão ICMS destacado nas NF's) é aquele consequente da própria decisão em repercussão geral, pelo que não há que se falar na restrição adotada na r. decisão atacada";

Intimada, a parte agravada apresentou suas contrarrazões, em que pugnou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026699-20.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: RAINHA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: OCTAVIANO CANCIAN NETO - SP237641-A, DAVID FERNANDES VIDA DA SILVA - SP2218290A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (relatora):

A controvérsia se restringe à possibilidade de exclusão do valor relativo ao ICMS destacado na nota e presente na base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS.

Com relação ao tema discutido, recorde-se que sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinto receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Esclarecido esse ponto, pode-se prosseguir para o cerne da discussão, isto é, qual a parcela a ser excluída: o valor relativo ao ICMS a recolher pela agravante ou o valor referido na nota fiscal?

Alega a parte agravante que essa questão ainda deverá ser discutida no bojo dos embargos de declaração opostos no paradigmático RE 546706, e por isso requereu a suspensão da ordem de levantamento dos valores depositados.

Entretanto, esse E. Tribunal Regional vem entendendo que a ordem de exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS abarca o valor explicitado na nota fiscal dos produtos e ou serviços que configurem o fato gerador do tributo estadual. Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL DE SAÍDA – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por intermédio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. Cabe ponderar que a jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

5. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

6. Agravo de instrumento da União não provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5020350-35.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019)

E M E N T A

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5016082-35.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 25/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2020)

E M E N T A

TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO PIS E COFINS. EXCLUSÃO ICMS DESTACADO NA NOTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROVIDO.

- O Plenário STF, no julgamento do RE nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

- Restou então consignado o Tema 069: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

- Todavia, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, de rigor a reforma da r. decisão agravada.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5001298-19.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/05/2020)

Ressalto que, embora o julgamento do RE nº 574.706 não tenha sido finalizado, o Supremo Tribunal Federal, pelos votos dos seus E. Ministros, já sinalizou que o valor a ser excluído da base de cálculo é aquele especificado na nota fiscal. É o que se percebe pelo voto da Ministra Carmem Lúcia, do qual consigna-se o seguinte trecho:

"(...) Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição. (...)".

A Ministra Carmem Lúcia ainda fez constar que "o regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

Nessa linha, deve ser aplicado o atual entendimento firmado na jurisprudência deste Tribunal Regional, que decorre do que restou consignado nos votos da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, de que deve ser feita a exclusão do ICMS destacado na nota da base de cálculo das contribuições para o PIS e da COFINS.

Ante o exposto, **dou provimento do agravo de instrumento.**

É como voto.

E M E N T A

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DE ICMS DA BASE DE CÁLCULO DE CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E COFINS. VALOR DO ICMS DESTACADO NA NOTA. OBSERVÂNCIA DE PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DO ENTENDIMENTO EXARADO PELO STF NO RE 574.706. RECURSO PROVIDO.

1. A Ministra Carmem Lúcia fez constar em seu voto no julgamento do RE 574.706 que "o regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

2. Embora o julgamento do RE nº 574.706 não tenha sido finalizado, o Supremo Tribunal Federal, pelos votos dos seus E. Ministros, já sinalizou que o valor a ser excluído da base de cálculo é aquele especificado na nota fiscal. No voto seu voto, quando do julgamento do mérito do referido recurso, a e. Ministra Carmem Lúcia fez constar que "o regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS", o que demonstra ser devida a exclusão do valor referente a ICMS especificado na nota fiscal.

3. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento do agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: BRASINCAS/A ADMINISTRACAO E SERVICOS

Advogado do(a) APELANTE: LEO LOPES DE OLIVEIRANETO - SP271413-A

APELADO: BANCO CENTRAL DO BRASIL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DO BANCO CENTRAL NA 3ª REGIÃO

Advogado do(a) APELADO: ORLINDA LUCIA SCHMIDT - SP44804-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0046889-51.2012.4.03.6182

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: BRASINCAS/A ADMINISTRACAO E SERVICOS

Advogado do(a) APELANTE: LEO LOPES DE OLIVEIRANETO - SP271413-A

APELADO: BANCO CENTRAL DO BRASIL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DO BANCO CENTRAL NA 3ª REGIÃO

Advogado do(a) APELADO: ORLINDA LUCIA SCHMIDT - SP44804-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Brasincas S/A Administração e Serviços** contra a r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal ajuizados contra o **Banco Central do Brasil**.

O juízo *a quo* reconheceu a inocorrência da prescrição para o caso vertente, haja vista que o seu termo inicial é justamente o término do procedimento administrativo e, pela análise do caso concreto, não transcorreu o lustro extintivo estampado no Decreto nº 20.910/32.

Sua Excelência, ainda, entendeu pela impossibilidade da revogação da penalidade aplicada, haja vista que a própria norma que revogou o sobredito dispositivo, trouxe a ultratividade da norma, para os casos em que a sanção ocorreria antes da norma revogadora.

No que concerne à proporcionalidade, razoabilidade e a motivação do ato administrativo, o MM. Juízo de primeiro grau, entendeu pela devida descrição dos motivos que levaram a aplicação da sanção, bem como qualquer mácula que inquine de vício os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pois a penalidade fora aplicada dentro dos parâmetros legais em que realizado o ato pelo administrado.

Finalmente, em relação à incidência da taxa SELIC e da multa de mora, fora devidamente consignado que no momento em que infringida a norma de pagamento da penalidade, já vigia as normas de incidência dos referidos consectários, o que por si só, acarreta em sua possibilidade de incidência.

Condenação da ora apelante nos honorários advocatícios fixados no patamar mínimo disposto no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, adotando-se os critérios constantes no § 5º, daquele mesmo dispositivo.

A apelante alega, em síntese, que:

a) ocorreria a prescrição para o caso vertente, haja vista que o término do procedimento administrativo, que interrompe o prazo prescricional para as dívidas não-tributárias, faz por iniciar pela metade o mencionado prazo prescricional, nos termos do artigo 9º, do Decreto nº 20.910/32;

b) o artigo que deu supedâneo à penalidade aplicada fora revogado, o que acarreta na incidência do princípio da retroatividade mais benéfica para o caso vertente, entendimento estampado, tanto na Constituição Federal, quanto no Código Tributário Nacional;

c) a aplicação da multa em seu patamar máximo viola os princípios da proporcionalidade e razoabilidade;

d) a apuração da multa com base na variação da moeda estrangeira, na data de sua aplicação viola o ordenamento jurídico pátrio;

e) não ocorreria a devida motivação do ato administrativo, o que mácula de morte a sua incidência no caso em comento;

f) no momento da ocorrência do fato sobre o qual fora aplicada a multa, não havia legislação que delimitasse pela aplicação da taxa SELIC como índice de correção, tampouco pela incidência da multa de mora de 20% (vinte por cento), tornando-se impossível tal aplicação, em razão da irretroatividade das penas.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

Intimadas a se manifestarem sobre eventual impossibilidade de conversão para moeda corrente no momento da lavratura do auto de infração; eventual prescrição para a alteração do lançamento e sobre as normas atinentes à aplicação dos consectários decorrentes do inadimplemento da sanção aplicada, as partes reforçaram os argumentos anteriormente expendidos em outras oportunidades nos autos.

A Autarquia apresentou, na oportunidade da manifestação, a indicação de que a legislação que aplicara os consectários decorrentes do inadimplemento já se encontravam vigentes, através da publicação da Medida Provisória nº 2.176-77/01.

Novamente intimadas, porém, para que se manifestassem sobre a incidência do artigo 739-A, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973, bem como da possibilidade de incidência da Medida Provisória nº 2.176-77/01, as partes trouxeram argumentos e a apelante apresentou os cálculos do valor que efetivamente entende devido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0046889-51.2012.4.03.6182

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: BRASINCAS/A ADMINISTRACAO E SERVICOS

Advogado do(a) APELANTE: LEO LOPES DE OLIVEIRANETO - SP271413-A

APELADO: BANCO CENTRAL DO BRASIL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DO BANCO CENTRAL NA 3ª REGIÃO

Advogado do(a) APELADO: ORLINDA LUCIA SCHMIDT - SP44804-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Preliminarmente, julgo prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, haja vista o exame de cognição exauriente perpetrado pela presente decisão.

1. Da Prescrição: O c. Superior Tribunal de Justiça, por oportunidade do julgamento em sede de recursos repetitivos, delimitou que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional das dívidas dos administrados perante a Fazenda Pública, de natureza não tributária, é o momento em que aquele débito se torna exigível e, a partir deste termo, é contado o lustro prescricional. Veja-se o precedente mencionado:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. INCIDÊNCIA DO DECRETO Nº 20.910/32. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. É de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal de cobrança de multa de natureza administrativa, contado do momento em que se torna exigível o crédito (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32).

2. Recurso especial provido.”

(REsp 1105442/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 22/02/2011)

Assim, a tese de que o prazo prescricional do crédito não-tributário corre pela metade, após o término do procedimento administrativo de apuração daquele não merece guarida, pois, conforme plenamente reconhecido pela jurisprudência, aquele prazo só se inicia como término do mencionado procedimento.

Ou seja, no período em que realizado todo o procedimento de apuração do crédito vigia o entendimento acima adotado, sendo certo que antes da apuração do crédito não se vislumbrava qualquer prazo prescricional e, assim, não há como se entender como interrompido aquele prazo, pois, repita-se, apenas se iniciou com o término do procedimento administrativo, termo em que se iniciou a sua exigibilidade e, portanto, também o prazo prescricional.

Dos autos, verifica-se que o procedimento administrativo de apuração da multa aplicada findou-se em 28.09.2001 e, com o ajuizamento da execução fiscal em 29.04.2005, tem-se que por não transcorrido o lustro extintivo da pretensão fazendária.

2. Da Alegada Revogação da Norma Punitiva e Retroatividade da Norma Mais Benéfica: Em primeira análise, impossível a aplicação do artigo 106, do Código Tributário Nacional, pois o caso dos autos não se trata de norma punitiva de natureza tributária, mas de punição decorrente de desrespeito às normas administrativas.

É de se ressaltar que a legislação que veio a alterar o dispositivo que embasou a punição, trouxe, expressamente, a manutenção das penalidades anteriores que vieram ser aplicadas.

Neste desiderato, mais do que patente a natureza de ultratividade da norma punitiva, ou seja, mesmo que as alterações posteriores venham a destipificar tal conduta, os atos anteriores praticados mantêm-se com incidência da norma revogada.

Por oportuno, traz-se o dispositivo que tratou do tema:

Lei nº 11.371/06:

“Art. 12. As infrações aos arts. 1º, 2º e 3º do Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, ocorridas a partir de 4 de agosto de 2006, serão punidas com multas entre 5% (cinco por cento) e 100% (cem por cento) do valor da operação.

§ 1º O Conselho Monetário Nacional disciplinará o disposto nos arts. 1º, 2º e 3º do Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, podendo estabelecer gradação das multas a que se refere o caput deste artigo.

§ 2º **Sujeitam-se às penalidades do art. 6º do Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, as sonegações de cobertura nos valores de exportação ocorridas até 3 de agosto de 2006.**”
Grifei.

Neste sentido, as normas tidas por temporais, como deste caso, na verdade se diferem das normas atemporais, pois justamente tem o elemento tempo como caractere que não as faz confundir. Portanto, a posterior desnaturalização de uma conduta como tipificada na norma atemporal não tem incidência em relação à conduta tipificada na norma temporal, pois, por critérios eleitos pelo Poder Legislativo (política administrativo-punitiva), naquele lapso de tempo, a conduta foi reconhecida como indevida e delimitada como impassível de ser afastada por norma benéfica posterior.

Em suma, tratam-se de normas com critérios diferentes e que a destipificação da conduta sem o caráter temporal, não tem o condão de afastar a conduta tipificada com aquele elemento inserto em sua constituição.

3. Da Alegada Conversão da Operação em Moeda Estrangeira na Data da Infração: Embora a tese sobre a impossibilidade de conversão da moeda estrangeira em moeda corrente nacional, configuradora como base de cálculo da penalidade, na data da aplicação da pena e não do cometimento da ilicitude seja deveras plausível, não há como conhecê-la, em razão da ausência de demonstração do excesso de execução conforme será demonstrado a seguir.

Analisando-se a legislação vigente à época do ajuizamento dos presentes embargos à execução, verifica-se que vigia o Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual a análise recairá sobre aquele diploma.

Traçada esta primeira premissa, dispunha o artigo 739-A, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973:

Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

[...]

§ 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

A prova dos autos demonstra que embora alegue o excesso de execução, decorrente da conversão da moeda estrangeira em momento diferente em que praticado o ilícito, a embargante não trouxe no momento oportuno o valor que entende devido, tampouco memória do cálculo que deveria ser considerado como correto.

Destarte, não há como se conhecer deste argumento, em razão de não cumprir os requisitos processuais inerentes à espécie. Neste sentido, é a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça. Confira-se o precedente:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. VIOLAÇÃO DO § 5º DO ART. 739-A DO CPC/1973. NÃO APRESENTAÇÃO DE CÁLCULO ARITMÉTICO DA DÍVIDA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I - Na origem, trata-se de embargos à execução fiscal objetivando, dentre outros pedidos, o reconhecimento de excesso de execução. Na sentença, julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal de origem, foi dado parcial provimento à apelação para reconhecer que o prosseguimento do feito executivo depende da demonstração, pelo credor, de saldo devedor remanescente após a rescisão de parcelamento. No Superior Tribunal de Justiça, esta decisão foi reformada para julgar improcedente o pedido dos embargos.

II - Verifica-se que, no tocante à alegada violação do § 5º do art. 739-A do CPC/1973 (§§ 3º e 4º do art. 917 do CPC/2015), assiste razão à Fazenda Nacional. O referido artigo tem o seguinte teor, in verbis: “§ 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento.”

III - Conforme descrito na sentença, os embargos à execução foram ajuizados para questionar as CDA'S, afirmando-se excesso de execução, entretanto o embargante se limitaria a afirmar que aderiu a pedido de parcelamento, realizando pagamentos que não teriam sido abatidos nas CDA's apresentadas na execução. Naquela instância, a embargante foi intimada para a juntada de documentos, ocasião em que se pleiteou a produção de prova pericial, que foi indeferida.

IV - Por sua vez, no Tribunal a quo, assentou-se que, para fins de continuidade da execução fiscal, seria necessário ao exequente juntar extrato indicando se o valor da execução sofreu alteração em razão dos pagamentos efetivados pelo contribuinte. Consignou caber ao exequente, para prosseguir com a execução, apontar o cálculo aritmético atual da dívida.

V - Do acima explicitado, em atenção ao previsto na legislação encimada, remanesce evidenciado que o contribuinte não se desincumbiu do ônus processual de demonstrar especificadamente o excesso de execução, conforme determina o atual art. 917, § 3º do CPC/2015 (art. 739-A, § 5º, do CPC/1973). No mesmo diapasão, destacam-se: REsp 1.766.923/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/10/2018, DJe 28/11/2018 e AgInt no AREsp 1.142.788/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 24/4/2018.

VI - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1713863/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 08/10/2019)

4. Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade na Aplicação da Multa: A proporcionalidade e a razoabilidade tidos como postulados ou metanormas, indicam a forma de incidência de outras normas, tanto os princípios como as regras e, para tanto, induzem a análise da norma abstrata, como do caso em concreto para a verificação de eventual situação que afronte o sistema do direito.

Assim, cumpre a análise da aplicação da multa no patamar de 100% (cem por cento) como infringente aos mencionados postulados.

A graduação da penalidade encontrava-se disposta no artigo 6º, do Decreto nº 23.258/33, que continha a seguinte redação:

“Art. 6º As infrações dos arts. 1º, 2º e 3º serão punidas com multas correspondentes ao dobro do valor da operação, no máximo, e no mínimo de cinco contos de réis (5:000\$000), nos termos do art. 5º, § 1º, letra b, da lei nº. 4.182, citada.”

Passemos à apreciação dos elementos que compõem os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, examinando-se, tanto a norma abstrata, quanto a concreta.

No que concerne à adequação, maiores digressões não hão de ser realizadas, eis que a sanção pecuniária é medida eficaz para induzir o comportamento do contribuinte/administrado em não realizar condutas que são indesejadas para o interesse público.

Neste desiderato, a conduta tipificada no artigo 3º, do Decreto nº 23.258/33, que abaixo se transcreve, visa evitar, dentre outras ações, a evasão de divisas, com a prática de exportação de produtos, sem que haja o ingresso de valores no país.

“Art. 3º São passíveis de penalidades as sonegações de coberturas nos valores de exportação, bem como o aumento de preço de mercadorias importadas para obtenção de coberturas indevidas.”

Portanto, ao aplicar sanção a tal conduta, o Poder Público desestimula a sua prática, pois toma economicamente não vantajosa a realização de exportação sem o devido ingresso de divisas no país.

Verificando-se a competente adequação, passa-se à averiguação do elemento necessidade, entendido como aquele em que se voltam os olhos para a existência de outro meio menos gravoso para a obtenção do fim colimado pela norma.

Em sentido abstrato, entende-se que a aplicação da pena de multa é, na maioria dos casos, o meio menos gravoso para a indução do comportamento dos administrados, pois tenta tornar o fato praticado como economicamente não atraente.

No caso em concreto, a sanção foi aplicada em seu patamar médio (rememorando-se que poderia chegar ao dobro do valor da operação, em razão da legislação vigente à época dos fatos) e, diante do valor que não se teve o ingresso de divisas (US\$ 174.960,94 – cento e setenta e quatro mil, novecentos e sessenta dólares dos Estados Unidos e noventa e quatro centavos), verifica-se que não há condição menos gravosa, na via administrativa, a ser aplicada no caso em concreto.

Finalmente, em relação à proporcionalidade *stricto sensu*, o interesse público em não se ter atos praticados que demonstrem eventual não ingresso de divisas no país é deveras superior ao direito de propriedade daquele que praticou o ilícito, mesmo porque, não há demonstração nos autos de que a multa aplicada venha a suprimir, por completo ou, ao menos em grande monta, a propriedade da embargante, a fim de se verificar eventual mácula, no caso concreto, da proporcionalidade em sentido estrito.

Portanto, não se vislumbra qualquer mácula ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade na aplicação de multa no patamar de 100% (cem por cento) do valor da operação.

5. Motivação do Ato Administrativo: Diferentemente do quanto alegado, a situação fática demonstra a devida motivação do ato administrativo de aplicação da multa, veja-se, por oportuno, a transcrição da conclusão do procedimento administrativo sancionador (id nº 123363469, f. 46):

“IV – CONCLUSÃO

Como resultado da comprovação das irregularidades apontadas e da insuficiência dos argumentos de defesa (as Normas Cambiais exigem a cobrança judicial dos inadimplentes), sugere-se o encaminhamento dos autos ao DECIF/GABIN com a proposta de aplicação à SPSCS INDUSTRIAL S/A, com base no Art.6º. do Decreto 23.258/33, de multa, em moeda nacional, equivalente a 100% do valor das divisas reclamadas, US\$ 174.960,94 (cento e setenta e quatro mil, novecentos e sessenta dólares dos Estados Unidos e noventa e quatro centavos).”

Ademais, o próprio procedimento que culminou com a sanção, levou em consideração a ausência de antecedentes da pessoa jurídica para que se aplicasse o patamar médio sancionatório (haja vista que o máximo permitido à época era de 200% e, fora aplicado o patamar de 100% do valor da operação).

Portanto, desprovida de razão a alegação de que não houve motivação do ato administrativo, pois que devidamente indicado os motivos da sanção aplicada, balizadas pela análise do caso em concreto pela autoridade administrativa.

6. Ausência de Norma de Imputação da Penalidade pela Mora e da Aplicação da Taxa SELIC: Através da análise do demonstrativo de débito, constante no id nº 123363470, f. 16, a aplicação da taxa SELIC e da multa de mora, tiveram seu início em 01.11.2001 e 20.10.2001, respectivamente.

Conforme bem salientado pela Procuradoria da Autarquia, a vigência das normas que delimitam pela incidência dos juros de mora pela SELIC e da aplicação da multa de mora, remonta a data de 28.06.2001, dia em que publicada a Medida Provisória nº 2.176-77/01.

Desta forma, no momento em que incidiram tais consectários, já havia previsão normativa e, portanto, embasamento suficiente para tal imposição. Rememorando-se que, de fato, a incidência de tais cominações só se perfazem com a mora do administrado, portanto, a previsão de sua incidência não precisa existir no momento em que realizado o ato ilícito decorrente do poder de polícia, mas a previsão normativa deve estar disposta em momento anterior à aludida mora.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADMINISTRATIVO. MULTA PODER DE POLÍCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ULTRATIVIDADE EXPRESSA DA NORMA PUNITIVA. ART. 12, § 2º, DA LEI Nº 11.371/06. EXCESSO DE EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONVERSÃO DE MOEDA ESTRANGEIRA NA DATA DA APLICAÇÃO DA PENALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. ART. 739-A, § 5º, CPC/73. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE INFRINGÊNCIA. SELIC E PENALIDADE PELA MORA. NORMA EDITADA ANTES DA INCIDÊNCIA DOS CONECTÁRIOS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O c. Superior Tribunal de Justiça, por oportunidade do julgamento em sede de recursos repetitivos, delimitou que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional das dívidas dos administrados perante a Fazenda Pública, de natureza não tributária, é o momento em que aquele débito se torna exigível e, a partir deste termo, é contado o lustro prescricional.
2. Assim, a tese de que o prazo prescricional do crédito não-tributário corre pela metade, após o término do procedimento administrativo de apuração daquele não merece guarida, pois, conforme plenamente reconhecido pela jurisprudência, aquele prazo só se inicia com o término do mencionado procedimento.
3. É de se ressaltar que a legislação que veio a alterar o dispositivo que embasou a punição, trouxe, expressamente, a manutenção das penalidades anteriores que vieram a ser aplicadas.
4. Neste desiderato, mais do que patente a natureza de ultratividade da norma punitiva, ou seja, mesmo que as alterações posteriores venham a destipificar tal conduta, os atos anteriores praticados mantêm-se com a incidência da norma revogada.
5. Embora a tese sobre a impossibilidade de conversão da moeda estrangeira em moeda corrente nacional, configuradora como base de cálculo da penalidade, na data da aplicação da pena e não do cometimento da ilicitude seja de veras plausível, não há como conhecê-la, em razão da ausência de demonstração do excesso de execução.
6. A prova dos autos demonstra que embora alegue o excesso de execução, decorrente da conversão da moeda estrangeira em momento diferente em que praticado o ilícito, a embargante não trouxe no momento oportuno o valor que entende devido, tampouco memória do cálculo que deveria ser considerado como correto.
7. Não se vislumbra qualquer nítida ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade na aplicação de multa no patamar de 100% (cem por cento) do valor da operação.
8. Diferentemente do quanto alegado, a situação fática demonstra a devida motivação do ato administrativo de aplicação da multa, pois que devidamente indicado os motivos da sanção aplicada, balizadas pela análise do caso em concreto pela autoridade administrativa.
9. Através da análise do demonstrativo de débito, constante no id nº 123363470, f. 16, a aplicação da taxa SELIC e da multa de mora, tiveram seu início em 01.11.2001 e 20.10.2001, respectivamente.
10. Conforme bem salientado pela Procuradoria da Autarquia, a vigência das normas que delimitam pela incidência dos juros de mora pela SELIC e da aplicação da multa de mora, remonta a data de 28.06.2001, dia em que publicada a Medida Provisória nº 2.176-77/01.
11. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5020530-21.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: JANAINA FERREIRA DA SILVA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: AYLLANNE AMANCIO LUCAS - CE35866-A, INGRID DA SILVA GONCALVES - CE35318-A

PARTE RE: ANHANGUERA EDUCACIONAL PARTICIPACOES S/A, PRESIDENTE DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, REITOR DA UNIVERSIDADE ANHANGUERA DE SÃO PAULO, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

Advogado do(a) PARTE RE: AMANDA KARLA PEDROSO RONDINA - SP302356-A

Advogado do(a) PARTE RE: AMANDA KARLA PEDROSO RONDINA - SP302356-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5020530-21.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: JANAINA FERREIRA DA SILVA

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial à sentença que concedeu mandado de segurança para garantir à impetrante o aditamento de financiamento estudantil para abranger os dois semestres de 2018, bem como a matrícula no curso de Odontologia no segundo semestre de 2018, ressalvando-se que, caso não concluído o curso em 2018, eventuais encargos financeiros adicionais devem ser arcados pela impetrante.

Não houve recurso voluntário.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovemento da remessa oficial.

É o relatório.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO:

Adoto o relatório do E. Relator. Peço vênia, contudo, para divergir e NEGAR PROVIMENTO à remessa necessária pelo que passo a expor.

Verifica-se que fora deferida a liminar, alcançando-se a correspondente pretensão do impetrante. Confira-se:

Desta forma, DEFIRO A LIMINAR requerida e determino às autoridades impetradas que viabilizem imediatamente o aditamento do contrato de financiamento da impetrante para abranger os 9º e 10º semestres letivos do curso de Odontologia, bem como ao Reitor da Universidade Anhanguera que, independentemente da regularização das pendências financeiras ou aditamento do contrato de financiamento, realize imediatamente o que for necessário para a re matrícula da impetrante no semestre 2018.2 do curso de Odontologia, comprovando documentalmente nos autos no prazo de 5 (cinco) dias.

A r. sentença confirmou a liminar, concedendo a segurança nos seguintes termos:

Isto posto e pelo mais que nos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial e CONCEDO A SEGURANÇA, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para assegurar à impetrante o aditamento de seu financiamento pelo FIES para abranger os dois semestres do ano de 2018, oriundos da reforma da grade curricular de seu curso e, de outro, a efetivação de sua matrícula junto à instituição de ensino superior no último período letivo do curso de Odontologia, no segundo semestre de 2018, ressalvando-se que, acaso não concluído o curso até o segundo semestre de 2018, eventuais encargos educacionais adicionais deverão ser arcados pela impetrante com recursos próprios.

Desse modo, indica o bom senso a manutenção do julgado, pela consolidação e irreversibilidade da situação objeto do pedido.

Trata-se de situação fática consolidada pelo decurso do tempo, que não merece ser desconstituída.

Aplicável à espécie, portanto, o entendimento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do fato consumado, verbis:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ENADE. IMPOSSIBILIDADE DE COMPARECIMENTO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. MANDADO DE SEGURANÇA CONFERIDO NA ORIGEM, QUE POSSIBILITOU A COLAÇÃO DE GRAU PELO RECORRIDO, EM 16.01.10. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES DO STJ. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. In casu, a liminar concedida em primeira instância possibilitou que o estudante obtivesse o diploma de conclusão do Ensino Médio em 16.01.10, ou seja, há mais de dois anos. Há a cristalização da situação fática em razão do decurso de tempo entre a colação de grau e os dias atuais, de maneira que a reversão desse quadro implicaria em danos irreparáveis ao agravado.

2. A teoria do fato consumado apoia-se na evidência empírica de que o tempo não retrocede - pelo contrário, foge irreparavelmente - de sorte que é naturalmente impossível regressar-se a situações ultrapassadas, para desconstituir relações que se consolidaram como fatos. Precedentes deste STJ na aplicação da teoria do fato consumado.

3. Agravo Regimental desprovido."

AgRg no REsp 1291328/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 09/05/2012 (destaquei)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENSINO. SUPERIOR. JUBILAMENTO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. EXIGIBILIDADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES DO STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. A Teoria do fato consumado considera que o decurso de tempo consolida fatos jurídicos que devem ser respeitados, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado. Precedentes desta Corte: RESP 686991/RO, DJ de 17.06.2005; RESP 584.457/DF, DJ de 31.05.2004; RESP 601499/RN, DJ de 16.08.2004 E RESP 611394/RN, Relator Ministro José Delgado, DJ de 31.05.2004. 2. O Tribunal local, ao observar o desrespeito ao devido processo legal no procedimento de jubramento do aluno, ora requerente, determinou o seu reingresso nos quadros do estabelecimento de ensino superior para cumprimento da nova grade curricular. 3. Deveras, como consequência da liminar, consumada a matrícula no Curso de Administração de Empresas - Habilitação em Comércio Exterior, o requerente, ora Recorrente, logrando êxito nos exames atinentes às quatro disciplinas da grade curricular vigente à época do seu jubramento, colou grau, obtendo a expedição do seu diploma. 4. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 5. Recurso especial provido para manter incólume a liminar deferida in initio litis."

(RESP nº 200601425186 - Rel. Min. LUIZ FUX - DJe de 14.05.2008)(destaquei)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INSTITUIÇÃO PARTICULAR. INADIMPLÊNCIA. EFETIVAÇÃO DE MATRÍCULA. ARTS. 5º e 6º DA LEI 9.870/99. EXEGESE. PROVIMENTO LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INADIMPLÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. 1. Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual. (Art. 5º da Lei 9.870/99) 2. Deveras, são proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias. (Art. 6º da Lei 9.870/99) 3. A exegese do dispositivos legais supramencionados revela a proibição da aplicação de penalidades pedagógicas, tais como a suspensão de provas escolares ou retenção de documentos escolares, inclusive, para efeitos de transferência para outra instituição de ensino, em decorrência do inadimplemento das mensalidades escolares. 4. A proibição da aplicação de penalidade como forma de coibir o aluno ao pagamento da mensalidade escolar, conduziu o legislador, objetivando impedir abusos e preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, a excluir do direito à renovação da matrícula ou rematrícula os alunos inadimplentes. 5. A ora recorrida impetrou o mandado de segurança em 23.03.2004, tendo efetivado sua matrícula no último ano do curso de Enfermagem, por força de liminar, consoante se infere do voto condutor do acórdão recorrido. 6. Consumada a matrícula naquela oportunidade, a Recorrida permaneceu no curso, concluindo a matéria subsequente, pelo que se impõe a aplicação da Teoria do Fato Consumado consagrada pela jurisprudência maciça do E. STJ. 7. As situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado. Precedentes da Corte: RESP 253094/RN, DJ: 24/09/2001; MC 2766/PI, DJ: 27/08/2001; RESP 251945/RN, DJ: 05/03/2001. 8. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ. 9. In casu, a conclusão do Tribunal de origem acerca da ausência da demonstração da inadimplência da ora recorrida, resultado do exame de todo o conjunto probatório produzido nos presentes autos. Conseqüentemente, infirmar referida conclusão implicaria sindicância matéria fática, interdita ao E. STJ em face do enunciado sumular n.º 07 desta Corte. 10. Recurso Especial desprovido."

(RESP nº 200600772460 - Rel. Min. LUIZ FUX - DJ de 31.05.2007 - p.372)

É no mesmo sentido a jurisprudência desta E. Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO EM CONCURSO VESTIBULAR. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DA TAXA DE INSCRIÇÃO. FATO CONSOLIDADO PELO DECURSO DO TEMPO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Trata-se de mandado de segurança (5009544-17.2018.4.03.6000) impetrado para assegurar o pagamento intempestivo da taxa de inscrição de candidato menor de idade cujo responsável é acometido de distúrbio psiquiátrico cujo tratamento tem como efeito colateral a perda de memória.
2. Verifica-se que fora concedida medida liminar em 28/11/2018 (ID 12653031), alcançando-se a correspondente pretensão do impetrante.
3. Desse modo, indica o bom senso a manutenção do julgado, pela consolidação e irreversibilidade da situação objeto do pedido.
4. Trata-se de situação fática consolidada pelo decurso do tempo, que não merece ser desconstituída.
5. Aplicável à espécie, portanto, o entendimento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do fato consumado. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1291328/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 09/05/2012 / RESP nº 200601425186 - Rel. Min. LUIZ FUX - DJe de 14.05.2008 / RESP nº 200600772460 - Rel. Min. LUIZ FUX - DJ de 31.05.2007 - p.372) e desta Corte (TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5003607-02.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020 / TRF 3ª Região, 1ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 0005239-12.2017.4.03.6000, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 23/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/01/2020).
6. Remessa necessária desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL, 5009544-17.2018.4.03.6000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 26/10/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/10/2020)

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. COLAÇÃO DE GRAU. APLICAÇÃO DA TEORIA DA SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA.

1. Em decorrência da liminar parcialmente concedida, confirmada pela sentença, cumpriu-se a sua pretensão deduzida, sendo aplicável a teoria da situação fática consolidada pelo decurso do tempo, que não merece ser desconstituída. Precedentes do C. STJ.
2. Remessa oficial desprovida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5003607-02.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

DIREITO ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA ADMISSÃO DE DOCENTE EM UNIVERSIDADE PÚBLICA. DESCABIMENTO. CRITÉRIO DESATUALIZADO. LIMINAR SATISFATIVA. FATO CONSOLIDADO PELO DECURSO DO TEMPO. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1. A questão que se coloca nos autos do presente mandado de segurança era a de se saber se a impetrante poderia ou não realizar as avaliações do Concurso Público UFMS 2017 – Docentes, para concorrer à vaga na área de Ciências Sociais Aplicadas/Administração/Administração de Empresas.
2. A autoridade coatora, de início, deferiu a inscrição da impetrante, mas, posteriormente, veio a indeferir sua inscrição, ao argumento de que o título de Doutorado da impetrante seria de área de conhecimento diversa da exigida no Edital. Confrontado com a questão, o juízo de primeiro grau deferiu em parte o pedido liminar, possibilitando à impetrante a realização das avaliações realizadas entre os dias 23 a 26 de junho de 2017.
3. Não há razões para alterar a posição assumida pelo juízo de primeiro grau. A um, porque o fundamento para indeferimento da inscrição da impetrante para realização das provas estava desatualizado, não levando em consideração o fato de que a formação acadêmica da impetrante estava contemplada na nova classificação da "Grande Área Multidisciplinar".
4. A dois, porque a liminar concedida pelo juízo de primeiro grau assume claro caráter satisfativo, revelando-se impossível desfazer a tutela jurisdicional que garantiu à impetrante a possibilidade de participar das avaliações realizadas entre 23 a 26 de junho de 2017. Impetrou-se a ação mandamental para que a inscrição da impetrante permanecesse deferida e ela pudesse, com isso, participar das avaliações, o que efetivamente ocorreu e não pode ser desfêto. Sendo assim, temos uma situação de fato consolidada pelo decurso do tempo, que há de ser respeitada quando o processo avança e chega ao Tribunal ad quem Precedentes.
5. Reexame necessário a que se nega provimento.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à remessa necessária.

É o voto.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5020530-21.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: JANAINA FERREIRA DA SILVA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: AYLLANNE AMANCIO LUCAS - CE35866-A, INGRID DA SILVA GONCALVES - CE35318-A

PARTE RE: ANHANGUERA EDUCACIONAL PARTICIPACOES S/A, PRESIDENTE DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, REITOR DA UNIVERSIDADE ANHANGUERA DE SÃO PAULO, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

Advogado do(a) PARTE RE: AMANDA KARLA PEDROSO RONDINA - SP302356-A

Advogado do(a) PARTE RE: AMANDA KARLA PEDROSO RONDINA - SP302356-A

VOTO

Senhores Desembargadores, a impetrante teve matrícula indeferida para o segundo semestre de 2018 em razão de débitos referentes ao primeiro semestre do mesmo ano, em que cursava o 9º período do curso.

Segundo alegou, o contrato de financiamento junto ao FIES previa oito semestres, pois este era o prazo de duração do curso no início da graduação. Porém, com alteração da grade curricular, houve ampliação para dez semestres, alegando não ter sido possível obter o aditamento do contrato para que fosse prorrogada a vigência, de modo que a instituição de ensino passou a cobrá-la pelas mensalidades referentes ao nono semestre.

O contrato de financiamento estudantil (ID 124106605) prevê aumento do valor financiado quando o crédito global não for suficiente à conclusão do curso, caso haja dilação do prazo do curso pela instituição de ensino, nos termos do parágrafo terceiro da cláusula terceira:

“PARÁGRAFO TERCEIRO – Quando o limite de crédito global não for suficiente para cobertura do percentual de financiamento até a conclusão do curso, seja dentro do prazo regular ou quando houver dilação do prazo do curso pela IES e desde que com prévia autorização do Agente Operador do FIES, será admitido o aumento do valor constante do caput desta Cláusula por meio de solicitação formal do(a) FINANCIADO(A) e mediante assinatura de termo aditivo a este Contrato.”

Embora seja clara a possibilidade de prorrogação do financiamento em decorrência da alteração da grade curricular, a impetrante não comprovou a recusa das autoridades coatoras ao aditamento do contrato de financiamento, o que afastaria, portanto, a ocorrência de ato ilegal, uma vez que lhe competia realizar a solicitação administrativa.

Constou das informações do Presidente do FNDE que: *“A impetrante utilizou todos os semestres possíveis e não registrou no SisFIES de que a autora tenha feito opção pelo aumento do prazo do contrato de FIES devido à modificação da grade curricular.”* (ID 124106642).

Verifica-se, pois, que a impetrante, sem providenciar a medida administrativa própria, tentou diretamente mandado de segurança contra ato coator inexistente por parte do Presidente do FNDE, buscando pela via judicial atingir solução que dependeria de provocação administrativa, de forma que a falta de requerimento de prorrogação do contrato FIES resultou, validamente, na recusa pela instituição de ensino em aceitar matrícula sem a quitação de mensalidades em atraso referentes a períodos letivos não abrangidos pela contratação do financiamento público.

Não se presta o mandado de segurança a substituir a via administrativa, até porque a prorrogação do financiamento é atribuição do próprio órgão financiador, nos termos legais e contratuais, de modo que não havendo postulação nem indeferimento administrativo, para firmar o interesse de agir, sequer pode subsistir a impetração e menos ainda ser concedida a ordem.

De fato, a sentença não pode substituir-se ao aditamento contratual, que deve ser pedido, deferido e assinado pela impetrante, assumindo obrigações complementares decorrentes da ampliação do prazo contratual de financiamento. Sem requerimento nos termos da previsão contratual e sem indeferimento administrativo, não existe ato coator a viabilizar a impetração do mandado de segurança.

Sobre a teoria do fato consumado, não cabe a sua aplicação, pois não existe preclusão de questão de ordem pública, como as condições da ação, sendo dever de ofício do Tribunal apurar e decretar a extinção do processo sem resolução do mérito quando constatada a inexistência, no mandado de segurança, de ato coator.

Ante o exposto, dou provimento à remessa oficial para denegar o mandado de segurança (artigo 6º, § 5º, CPC).

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADITAMENTO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. TEORIA DO FATO CONSUMADO. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito a aditamento de contrato de financiamento estudantil celebrado junto ao Fundo de Financiamento Estudantil – FIES.
2. Verifica-se que foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela provisória, em liminar. Posteriormente, a sentença confirmou a medida anteriormente deferida, concedendo a segurança à impetrante, para lhe reconhecer o direito ao aditamento.
3. Trata-se de situação fática consolidada pelo decurso do tempo, que não merece ser desconstituída, atraindo a aplicação da teoria do fato consumado. Indica o bom senso a manutenção do julgado, pela consolidação e irreversibilidade da situação objeto do pedido.
4. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por maioria, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do voto do Des. Fed. Antônio Cedenho, vencido o Relator que dava provimento à remessa oficial para denegar o mandado de segurança (artigo 6º, § 5º, CPC). Lavrará o acórdão o Des. Fed. Antônio Cedenho., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012600-45.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: JOSIANE CRISTINA FERNANDES

Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELE APARECIDA FERNANDES DE ABREU SUZUKI - SP259080-A

AGRAVADO: OAB - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL-SEÇÃO SÃO PAULO

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

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012600-45.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: JOSIANE CRISTINA FERNANDES

Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELE APARECIDA FERNANDES DE ABREU SUZUKI - SP259080-A

AGRAVADO: OAB - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL-SEÇÃO SÃO PAULO

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

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **JOSIANE CRISTINA FERNANDES**, inconformada com a decisão proferida nos autos da execução fiscal nº 5003370-47.2018.4.03.6111, ajuizada pela **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO SÃO PAULO** e em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marília/SP, que rejeitou exceção de pré-executividade em que alegada prescrição do crédito exequendo.

Alega a agravante, em síntese, que a anuidade vencida em 30/01/2013 e o valor vencido em 30/09/2013 estariam prescritos, tendo em vista que a prescrição de contribuições para a Ordem dos Advogados do Brasil se rege nos termos do art. 206 do Código de Civil, e a ação foi proposta em 19 de dezembro de 2019.

Intimada, a parte agravada apresentou suas contrarrazões, e alegou que a prescrição deve ser contada a partir do primeiro dia do exercício financeiro do ano seguinte em que vencida a anuidade. Aduz, ainda, que em 30/09/2013 foi feita novação de dívida, por acordo de parcelamento de débitos relativos às anuidades de 2011 e 2012. Ao final, a recorrida pugnou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012600-45.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: JOSIANE CRISTINA FERNANDES

Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELE APARECIDA FERNANDES DE ABREU SUZUKI - SP259080-A

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (relatora):

Versamos autos de origem sobre execução ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil em face da agravante, para cobrança de crédito relativo às anuidades devidas a referida instituição.

De início, é preciso apontar que as contribuições anuais cobradas pela Ordem dos Advogados do Brasil não têm natureza tributária, haja vista que a referida instituição é pessoa jurídica *sui generis*, prestadora de serviços públicos independente (ADI 3026-4/ Distrito Federal, Relator Ministro Eros Grau, 8/06/2006).

Nesse intermê é que há muito se firmou que, não apresentando natureza tributária as contribuições vertidas à OAB, a prescrição seria regida pela lei civil, nesse caso específico pelo art. 206, §5º, inciso I, do Código Civil, o qual se destaca a seguir:

Art. 206. Prescreve:

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

Nesse sentido, vejamos-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. AÇÃO DE COBRANÇA. OAB. ANUIDADES. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DE CADA OBRIGAÇÃO. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE RECORRER. INTERRUÇÃO DO PRAZO. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTO NÃO COMBATIDO. SÚMULA 283/STF.

1. Não houve debate pelo Colegiado local sobre a circunstância de o prazo prescricional ser vintenário ou quinquenal, tampouco acerca da tese de o termo inicial desse lapso, após o Código Civil de 2002, ser a data de início da sua vigência, o que configura falta de prequestionamento. Incidência da Súmula 282/STF.

2. Do acórdão recorrido retira-se que o prazo prescricional foi contado a partir do vencimento de cada obrigação, como pretende a recorrente. Essa constatação evidencia a ausência do interesse de recorrer.

3. A Corte de origem definiu que a regra do art. 202, I, do Código Civil/2002, que estabelece hipótese de interrupção da prescrição, somente incidiria se o réu tivesse sido citado nos prazos dos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC/1973. Inexistente qualquer alegação no sentido de desqualificar esse argumento, configura-se a falta de combate ao fundamento do acórdão. Aplicação da Súmula 283/STF.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1451428/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 25/09/2017)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. COBRANÇA DE ANUIDADE. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. ART. 206, § 5º, I, DO CC. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. 1. Não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que o título executivo objeto da Execução (anuidade exigida pela OAB) seria espécie de instrumento particular, submetendo-se ao prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I, do CC. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.464.724/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.6.2015; REsp 1.269.203/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 13.6.2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.267.721/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4.2.2013; REsp 948.652/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 10.10.2011.

3. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

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

(REsp 1675074/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 12/09/2017)

De acordo com as provas juntadas pela Ordem dos Advogados do Brasil aos autos de origem, a certidão de débitos, que goza de força de título executivo extrajudicial, aponta que a data base para o pagamento das contribuições em 2013 foram 30/01/2013 e 30/09/2013, não havendo demonstração de que os débitos tenham sido parcelados.

Deste modo, sem a devida comprovação do parcelamento do débito, e, se foi realizado, em quantas prestações deveria ser adimplido, não é possível se adotar para o caso o entendimento de que apenas após o vencimento da última parcela se teria a possibilidade de cobrança da dívida. Mesmo porque, outrossim, não é possível ter ciência se de fato a última parcela teria se vencido em dezembro de 2013, de modo que o prazo prescricional se iniciasse em janeiro de 2014.

Assim sendo, de acordo com a prova juntada pela exequente o prazo prescricional se iniciou em 01/02/2013, no caso da dívida vencida em 30/01/2013, e, com relação ao débito com data base de 30/09/2013, o termo inicial para a prescrição foi inaugurado em 01/10/2013. Logo, quando da propositura da demanda, em 19/12/2018, a pretensão de cobrança dos referidos débitos já estariam fulminados pela prescrição.

Sobre essa temática, veja-se o seguinte julgado proferido por este E. Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. OAB. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. RITO DA EXECUÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE DA LEF. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL: VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à prescrição e à fixação dos honorários advocatícios de sucumbência.
2. É incontroverso que o prazo prescricional aplicável e o quinquenal, cingindo-se a controvérsia apenas ao seu termo inicial.
3. A esse respeito, é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que o termo inicial é a data de vencimento de cada obrigação. Precedente (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1451428 2014.01.01444-6, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:25/09/2017 ..DTPB:..).
4. A regra decadencial a que alude a OAB é prevista pelo art. 173, I, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) nos seguintes termos: "O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados (...) do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".
5. Verifica-se, portanto, que aplicável apenas aos casos de crédito tributário, natureza jurídica diversa da que ostentam as anuidades cobradas pela OAB. Precedentes (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 957962 2016.01.97031-5, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:14/10/2019 ..DTPB:.. / AIRESP - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1633675 2016.02.78545-4, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:04/05/2017 ..DTPB:.. / AIRESP - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1633675 2016.02.78545-4, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:04/05/2017 ..DTPB:..).
6. Ademais, como bem asseverado pelo Magistrado a quo, o termo inicial é o vencimento da obrigação, que, conforme a própria certidão de débito que embasa a execução, é o dia 16/01/2012, data a partir da qual inclusive estão sendo cobrados encargos de mora.
7. Quanto aos honorários, a verba foi fixada em consonância com a legislação processual vigente (art. 85, §8º, do CPC). Tendo em vista que o proveito econômico obtido pela embargante correspondia, no ajuizamento da execução, a R\$1.943,50, o cálculo com base nos percentuais do §2º do art. 85 do CPC não permitiria remunerar o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 85, §2, IV, do CPC).
8. Apelação desprovida.
(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5021446-55.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 24/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/07/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO PARANÁ. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO DAS PARCELAS DA ANUIDADE DE 2009 COM VENCIMENTO ANTERIOR A 21/10/2009. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS.

1. Trata-se de execução de título extrajudicial referente à cobrança de anuidades da OAB/PR, de natureza não-tributária, dos anos de 2009 a 2013.
2. Não merece prosperar a alegação de extinção da obrigação pela supressão, por inércia da exequente ao supostamente deixar de cobrar as anuidades ao longo de alguns anos, uma vez que o dever de adimplir as anuidades decorre da inscrição no referido órgão de classe.
3. Ainda que a inscrição no órgão de classe não fosse suficiente para legitimar a cobrança das anuidades, e a inércia da exequente pudesse ocasionar a extinção da obrigação, nesse ínterim a ora embargada não se manteve inerte. Ao contrário, tentou notificar a ora embargante, não tendo obtido sucesso por não ter a embargante informado a sua mudança de endereço à OAB/PR, dever que lhe competia.
4. Com relação à prescrição nas execuções de título extrajudicial promovidas pela OAB para a cobrança de anuidades, o prazo aplicável é o quinquenal, tal como previsto no art. 206, § 5º, do Código Civil. Precedentes do STJ.
5. Proposta a execução em 21/10/2014, a citação deu-se somente em 01/06/2017, tendo em vista que a executada não cumpriu seu dever de manter atualizado o seu endereço perante a OAB/PR.
6. A décima parcela da anuidade de 2009 venceu no dia 10/11/2009, a ação executiva foi ajuizada em 21/10/2014, e a citação se efetivou no dia 01/06/2017.
7. Embora decorridos mais de cinco anos entre o vencimento da obrigação e a efetiva citação da executada, a demora não decorreu de inércia ou desídia da exequente, mas da demora natural dos mecanismos inerentes à Justiça, notadamente diante do fato de que a executada não manteve atualizado o seu endereço perante o órgão de classe, como lhe competia. Nesses casos, por força do artigo 240, §1º, do CPC, e da Súmula 106 do STJ, o termo final do prazo prescricional retroage à data da propositura da ação.
8. Assim, o direito de ação não se encontra fulminado pela prescrição.
9. De outro modo, em relação às parcelas da anuidade de 2009 com vencimento anterior a 21/10/2009, segundo documento juntado pela OAB/PR, ocorreu a alegada prescrição, dado o decurso de prazo superior a cinco anos entre o vencimento da dívida e o ajuizamento da execução (21/10/2014), nos termos do artigo 206, §5º, I, do Código Civil.
10. Apelações não providas.
(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000167-95.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/01/2020)

Destarte, deve ser acolhida a pretensão recursal, e reconhecida a ocorrência da prescrição relativamente aos créditos da anuidade 2013 e do acordo de 2013.

Ante o exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento**, nos termos em que fundamentado.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ANUIDADES DEVIDAS A OAB. PRESCRIÇÃO REGIDA PELO ART. 206, §5º, I, CC/2002. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PARCELAMENTO DO DÉBITO. PRAZO PRESCRICIONAL CONTADO DO PRIMEIRO APÓS O VENCIMENTO APONTADO NO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO DOS CRÉDITOS VENCIDO EM 2013. RECURSO PROVIDO.

1. As contribuições anuais cobradas pela Ordem dos Advogados do Brasil não têm natureza tributária, haja vista que a referida instituição é pessoa jurídica sui generis, prestadora de serviços públicos independente (ADI 3026-4/ Distrito Federal, Relator Ministro Eros Grau, 8/06/2006), por isso se lhes aplica, quanto à prescrição, a regra do art. 206, §5º, I, CC. Precedentes.
2. De acordo com as provas juntadas pela Ordem dos Advogados do Brasil aos autos de origem, a certidão de débitos, que goza de força de título executivo extrajudicial, aponta que a data base para o pagamento das contribuições em 2013 foram 30/01/2013 e 30/09/2013, não havendo demonstração de que os débitos tenham sido parcelados.
3. Deste modo, se a devida comprovação do parcelamento do débito, e, se foi realizado, em quantas prestações deveria ser adimplido, não possível se adotar para o caso o entendimento de que apenas após o vencimento da última parcela se teria a possibilidade de cobrança da dívida. Mesmo porque, outrossim, não é possível ter ciência se de fato a última parcela teria se vencido em dezembro de 2013, de modo que o prazo prescricional se iniciasse em janeiro de 2014.
4. Assim sendo, de acordo com a prova juntada pela exequente o prazo prescricional se iniciou em 01/02/2013, no caso da dívida vencida em 30/01/2013, e, com relação ao débito com data base de 30/09/2013, o termo inicial para a prescrição foi inaugurado em 01/10/2013. Logo, quando da propositura da demanda, em 19/12/2018, a pretensão de cobrança dos referidos débitos já estaria fulminada pela prescrição.
5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001130-36.2019.4.03.6116

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CELSO LUIS BARBOSA

Advogado do(a) APELANTE: MARCIA PIKEL GOMES - SP123177-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001130-36.2019.4.03.6116

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CELSO LUIS BARBOSA

Advogado do(a) APELANTE: MARCIA PIKEL GOMES - SP123177-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **CELSO LUIS BARBOSA** contra sentença proferida em autos de mandado de segurança, que extinguiu o feito nos termos do artigo 330, inciso III, c/c o artigo 485, inciso I, do CPC, por falta de interesse de agir, na vertente da inutilidade da tutela pretendida.

O impetrante narra na inicial que as diligências determinadas pela 8ª Junta de Recursos encontram-se pendentes de cumprimento pela autarquia previdenciária.

Inconformado, o recorrente sustenta, em síntese, que a impetração de mandado de segurança é cabível diante da demora na conclusão do procedimento administrativo, o que afronta o princípio constitucional da razoável duração do processo, bem como o disposto na Lei n. 9.784/1999.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A D. Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento da apelação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001130-36.2019.4.03.6116

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CELSO LUIS BARBOSA

Advogado do(a) APELANTE: MARCIA PIKEL GOMES - SP123177-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora que dê andamento a processo administrativo paralisado, referente à concessão de benefício previdenciário.

Há utilidade na prestação jurisdicional buscada nestes autos, sendo legítima a impugnação da demora na apreciação de requerimento pela Administração Pública.

Assim, presente o interesse processual, impõe-se a reforma da sentença fundada no art. 485 do CPC a fim de que se prossiga no exame do mérito da causa.

Encontrando-se o feito em condições de imediato julgamento, com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC, passo à análise do mérito. Frise-se que, embora não tenha prestado informações perante o Juízo *a quo*, a autoridade coatora foi regularmente notificada.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei n. 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o *prazo* de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

Nesse contexto, é cabível a intervenção do Poder Judiciário como forma de concretização dos valores constitucionais, o que não ofende o princípio da separação dos poderes.

No caso em apreço, o requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição foi indeferido, tendo sido interposto recurso, o qual foi distribuído à 8ª Junta de Recursos.

O julgamento do recurso foi convertido em diligência a fim de que o INSS cumpra medidas e devolva o processo à Junta de Recursos (ID 142341871).

Os autos foram remetidos à autarquia em 07.10.2019, contudo, a autoridade impetrada limitou-se a informar que, em 19.06.2020, foi expedida carta de exigência para a apresentação de documentos complementares pelo recorrente.

Diante disso, e considerando também que é de 30 (trinta) dias o prazo para o cumprimento das decisões do CRSS (art. 56, § 1º, da Portaria MDSA nº 116/17), impõe-se a concessão da segurança nos presentes autos a fim de que as medidas determinadas pela 8ª Junta de Recursos (ID 142341871) sejam integralmente cumpridas e os autos sejam remetidos para julgamento do recurso interposto.

Com efeito, a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora na prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Dever das partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN (RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceitaram as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:) (grifei)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delongua da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido". (AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 279903, TRF3, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229, 24/08/2011, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA) (grifei)

Assim, merece reforma a sentença recorrida, a fim de que se proceda ao cumprimento integral das medidas determinadas pela Junta de Recursos.

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para conhecer o mérito do mandado de segurança, nos termos do artigo 1.013, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil, e conceder a ordem para determinar à autarquia previdenciária que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da intimação do acórdão, dê prosseguimento ao requerimento administrativo formulado pelo impetrante, cumprindo as diligências determinadas pela 8ª Junta de Recursos que ainda se encontrampendentes.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO FEITO AFASTADA. CAUSA MADURA. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida em autos de mandado de segurança, que extinguiu o feito nos termos do artigo 330, inciso III, c/c o artigo 485, inciso I, do CPC, por falta de interesse de agir, na vertente da inutilidade da tutela pretendida.
2. Há utilidade na prestação jurisdicional buscada nestes autos, sendo legítima a impugnação da demora na apreciação de requerimento pela Administração Pública. Assim presente o interesse processual, impõe-se a reforma da sentença fundada no art. 485 do CPC a fim de que se prossiga no exame do mérito da causa.
3. Julgamento imediato do mérito com fulcro no artigo 1.013, § 3º, inciso I, do CPC.
4. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
5. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
6. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
7. Apelação provida para exame do mérito. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação para conhecer o mérito do mandado de segurança, nos termos do artigo 1.013, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil, e conceder a ordem para determinar à autarquia previdenciária que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da intimação do acórdão, dê prosseguimento ao requerimento administrativo formulado pelo impetrante, cumprindo as diligências determinadas pela 8ª Junta de Recursos que ainda se encontram pendentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020920-55.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSTROEM S/A CONSTRUTORA E EMPREENDIMENTOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA - SP101471-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020920-55.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSTROEM S/A CONSTRUTORA E EMPREENDIMENTOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA - SP101471-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **CONSTROEM S/A CONSTRUTORA E EMPREENDIMENTOS**, contra a r. decisão proferida nos autos de nº **0045389-90.1998.4.03.6100**, em trâmite perante o Juízo Federal da 26ª Vara da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, no âmbito da qual, em fase de cumprimento de sentença, foi mantida a conta feita pela Contadoria Judicial, e negada a expedição de precatório complementar.

Alega a agravante, em síntese, que:

a) no julgamento das ADI's 4.357 e 4.425 foi reconhecida a inconstitucionalidade parcial do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, e determinada a aplicação do índice SELIC para os casos em que discutidos créditos de natureza tributária;

b) o pagamento do precatório ocorreu em dezembro de 2015, razão pela qual o crédito a que teve o direito reconhecido deveria ter sido atualizado até o efetivo pagamento por meio da aplicação da taxa SELIC.

Intimada, a parte agravada apresentou resposta, e pugnou pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020920-55.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSTROEM S/A CONSTRUTORA E EMPREENDIMENTOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA - SP101471-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (relatora):

O Supremo Tribunal Federal concluiu, em 25/03/2015, o exame da questão de ordem nas ADI's 4.357 e 4.425, estatuinto, em definitivo, pois, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com modulação nos seguintes termos:

"QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029.

2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADI's 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.

3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.

4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado.

5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, § 10, do ADCT).

6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório.

7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervise o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão."

(ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015)

No caso dos autos, quando do julgamento das referidas ADI's, já havia ocorrido a expedição do precatório, tendo em vista que o pagamento se deu em dezembro de 2015, razão pela qual deve prevalecer a utilização do IPCA-E, tal como previsto na comunicação, conforme reiterada jurisprudência deste E. Tribunal.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE EXECUÇÃO DO JULGADO CONTRA FAZENDA PÚBLICA. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DE PRECATÓRIO AINDA NÃO EXPEDIDO. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/1997. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI'S 4.357 E 4.425. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PERTINÊNCIA PARA O CASO CONCRETO. AGRAVO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal concluiu, em 25/03/2015, o exame da questão de ordem nas ADI's 4.357 e 4.425, estatuinto, em definitivo, pois, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com modulação nos seguintes termos: "Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária" (ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015).

2. No caso dos autos, em que ainda não houve a expedição de precatório, a inconstitucionalidade, com os seus efeitos prospectivos, não autoriza a aplicação do artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, como pretendido pela União, nos termos de diversos precedentes desta C. Turma. Prospera a pretensão recursal, com a utilização do IPCA-E também a partir de julho de 2009.

3. Agravo provido."

(TRF 3ª Região, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017503-53.2016.4.03.0000/SP, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 07/03/2018, e-DJF3 Judicial I DATA:14/03/2018)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ATUALIZAÇÃO DO PRINCIPAL EM CONFORMIDADE COM A COISA JULGADA. ATUALIZAÇÃO DE CUSTAS. IPCA-E. MANUAL DE ORIENTAÇÃO PARA CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA TR A PARTIR DE 2009 EM DECORRÊNCIA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA.

1.

2. Improcedente a insurgência da embargante quanto à atualização do valor das custas, pois a aplicação do IPCA-E encontra respaldo na decisão da Suprema Corte que, em 25/03/2015, decidiu questão de ordem nas ADIS 4.357 e 4.425, fixando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, conforme modulação que apenas manteve a aplicação dos critérios de atualização declarados inconstitucionais para precatórios já expedidos, não sendo esta a hipótese dos autos.

.....

4. Desprovimento do recurso adesivo da embargada, e provimento em parte da apelação da embargante e da remessa oficial, tida por submetida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022327-93.2013.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/01/2016, e-DJF3 Judicial I DATA:26/01/2016)

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INDÉBITO TRIBUTÁRIO. CÁLCULOS. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA ATÉ HOMOLOGAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO: TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA RELATIVA AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO OU DECURSO, IN ALBIS, DO PRAZO PARA OPÓ-LOS. ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/1997. TR. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. ADI 4.357. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. QUANTO À TR, TRATOU APENAS DOS PRECATÓRIOS JÁ EXPEDIDOS OU PAGOS. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU EFEITO SUSPENSIVO. PREJUDICADO.

- A demanda originária deste agravo de instrumento é uma ação ordinária em execução de sentença, na qual o juízo a quo determinou o encaminhamento dos autos à contadoria judicial para atualização do cálculo com a inclusão dos juros moratórios até a data de homologação da conta de liquidação, no caso, a do trânsito em julgado dos embargos à execução, bem como a correção monetária até a data atual nos termos da Resolução nº 134/2010, alterada pela de nº 267/2013, ambas do Conselho da Justiça Federal.

- Juros de mora. A recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento exarado pelo Relator Ministro Luiz Fux no julgamento do REsp nº 1.143.677/RS, em sede de recurso repetitivo, e em consonância com o Supremo Tribunal Federal, manifesta-se no sentido de que não incidem juros moratórios entre a data da elaboração da conta de liquidação e a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, desde que satisfeito o débito no prazo previsto no artigo 100 da Constituição Federal. No entanto, a Corte Superior assevera com clareza que a elaboração definitiva da conta é verificada após a definição do quantum debeat, que ocorre com o trânsito em julgado dos embargos à execução ou com o transcurso in albis do prazo para a fazenda apresentá-los. Precedente: AgRg no REsp 1.154.22/PR.

- No caso concreto, o trânsito em julgado do acórdão proferido nos embargos à execução opostos pela ora agravada ocorreu em 19/4/2011. Nesse contexto, não assiste razão à recorrente, na medida em que o juízo a quo limitou a incidência dos juros de mora a tal data.

- TR. O Supremo Tribunal Federal, na ADI 4.357, declarou a inconstitucionalidade parcial do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, por ter reproduzido as regras da Emenda Constitucional nº 62/2009 quanto à atualização monetária e, acerca de indébito tributário, à fixação de juros moratórios. No que tange a esse julgado, o STF finalizou a análise da questão de ordem, por meio da qual resguardou a aplicação da TR apenas relativamente aos precatórios já expedidos ou pagos até 25/3/2015. Como não houve menção, na questão de ordem, à aplicação da TR na atualização de crédito tributário que ainda não seja objeto de precatório, como no caso dos autos, em que o indébito em fase de execução de sentença refere-se a PIS, deve ser observada a declaração de inconstitucionalidade do citado artigo 1º-F sem ressalva.

- Correta, portanto, a decisão agravada, que não é modificada pela questão relativa ao artigo 27 da Lei nº 12.919/2013, que igualmente diz respeito à atualização de precatórios. Por fim, saliente-se que, a despeito de o débito ser tributário, como visto, a inaplicabilidade da SELIC já foi determinada por este tribunal por decisão acobertada pela coisa julgada, à vista de que o título executivo previu o acréscimo de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, conforme os artigos 161 e 167 do CTN.

- Agravo regimental contra a decisão que deferiu efeito suspensivo. Por fim, à vista do exame exauriente da demanda com o julgamento do agravo de instrumento, resta prejudicado o agravo regimental com pedido de reconsideração apresentado junto com a contraminuta e interposto contra a decisão que deferiu o efeito suspensivo, mesmo porque o artigo 558 do Código de Processo Civil, que a baseou, é expresso no sentido de que a suspensão do cumprimento da decisão dá-se apenas até o pronunciamento definitivo da turma.

- Agravo de instrumento desprovido e agravo regimental prejudicado."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0004013-95.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 25/06/2015, e-DJF3 Judicial I DATA:02/07/2015)

Note-se que por ocasião do julgamento do agravo de instrumento nº 5001117-57.2016.4.03.0000 assentou-se que "à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, pacificou o entendimento no sentido de que os juros moratórios não incluem entre a data da elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento do precatório, desde que satisfeito o débito no prazo constitucional para o seu cumprimento" (REsp 1.143.677, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 04/02/2010).

Ora, sendo o caso dos autos de precatório já expedido quando da prolação do acórdão que firmou a modulação prospectiva dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9494/95, correta a adoção de índice de inflação IPCA-e para a sua atualização. A se aplicar o julgado, estar-se-ia fazendo retroceder o entendimento que foi firmado com eficácia *ex nunc*.

Destarte, não merece acolhida a pretensão recursal.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DE PRECATÓRIO EXPEDIDO. CORREÇÃO DA CONDENAÇÃO. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/1997. CONSTITUCIONALIDADE. ADI'S 4.357 E 4.425. RE 870.947. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal concluiu, em 25/03/2015, o exame da questão de ordem nas ADI's 4.357 e 4.425, estatuinto, em definitivo, pois, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com modulação nos seguintes termos: "*Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária*" (ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015).

2. Sendo o caso dos autos de precatório já expedido quando da prolação do acórdão que firmou a modulação prospectiva dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9494/95, correta a adoção de índice de inflação IPCA-e para a sua atualização. A se aplicar o julgado, estar-se-ia fazendo retroceder o entendimento que foi firmado com eficácia *ex nunc*.

3. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000600-13.2020.4.03.6111

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: JOSE CLEMENTE RODRIGUES DOS SANTOS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: KARINA FRANCIÉLE FERNANDES - SP266146-A

PARTE RE: CHEFE EXECUTIVO AGENCIA INSS MARILIA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO DO INSS DE MARÍLIA

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000600-13.2020.4.03.6111

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: JOSE CLEMENTE RODRIGUES DOS SANTOS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: KARINA FRANCIÉLE FERNANDES - SP266146-A

PARTE RE: CHEFE EXECUTIVO AGENCIA INSS MARILIA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO DO INSS DE MARÍLIA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **José Clemente Rodrigues dos Santos** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de Marília/SP, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora analisar e concluir seu requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição.

A liminar foi deferida para determinar à autoridade impetrada que analise e profira decisão, no prazo de até 30 (trinta) dias, contados a partir de sua intimação, no pedido administrativo formulado pelo impetrante (ID 135089976).

O MM. Juíza *quo*, ao final, concedeu a segurança, confirmando a liminar (ID 135090141).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República pugnou pelo regular prosseguimento do feito (ID 145641180).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000600-13.2020.4.03.6111

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: JOSE CLEMENTE RODRIGUES DOS SANTOS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: KARINA FRANCIÉLE FERNANDES - SP266146-A

PARTE RE: CHEFE EXECUTIVO AGENCIA INSS MARILIA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO DO INSS DE MARÍLIA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora analisar e concluir o requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição formulado pelo impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que protocolou seu requerimento no dia 28.03.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (09.04.2020), um ano depois, não havia qualquer perspectiva de análise pela autarquia previdenciária.

A autoridade impetrada, por sua vez, somente apreciou o pedido após a concessão da liminar (ID 135090140), vindo, de fato, a extrapolar os limites da razoabilidade, em clara ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência e continuidade do serviço público.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido". (AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

“DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas”. (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023820-40.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TECNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164-A

AGRAVADO: CAIO CASANOVA REIS

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023820-40.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TECNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164-A

AGRAVADO: CAIO CASANOVA REIS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA**, contra decisão proferida nos autos da execução fiscal de n.º 5000017-43.2019.403.6182, ajuizada em face de CAIO CASANOVA REIS, e em trâmite perante o Juízo da 4ª Vara Federal das Execuções Fiscais da Subseção da Judiciária de São Paulo/SP, por meio da qual foi indeferida a penhora de veículo automotor encontrado por meio do sistema RENAJUD.

A parte agravante alega em síntese que até o momento não foram encontrados bens para garantia da execução fiscal, exceto o veículo cuja penhora se requereu, e que a medida não poderia ser indeferida pelo Juízo *a quo*, haja vista que, além de ser o único bem penhorável encontrado, o valor estimado seria suficiente para o adimplemento do crédito em cobrança.

A parte agravada não possui advogado constituído nos autos, razão pela qual não foi intimada.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5023820-40.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164-A

AGRAVADO: CAIO CASANOVA REIS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Aa Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A controvérsia dos autos cinge-se à análise da possibilidade de emissão de ordem para a restrição de veículo encontrado por meio do sistema RENAJUD.

Conforme jurisprudência do STJ, *“é possível, por intermédio do Sistema RENAJUD, a expedição de decreto de indisponibilidade de veículo automotor registrado em nome da executada (...) ainda que o bem não tenha sido encontrado para fins de penhora ou arresto”* (REsp 1629474/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 26/06/2017).

“E, para efetivação da medida judicial, o sistema permite a ordem de restrição de transferência, de licenciamento e circulação” (AgInt no AREsp 1021050/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 17/10/2017).

A medida encontra igualmente amparo no art. 139, IV, do atual diploma processual, segundo o qual incumbe ao juiz *“determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”*.

Ressalte-se que com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução para prestigiar o princípio da efetividade da execução, o que foi mantido pelo novo Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente às execuções fiscais, nas quais tal princípio tem uma relevância ainda maior.

Ademais, não podem ser tolhidos os mecanismos legais disponíveis à exequente para satisfação do seu crédito, sob pena de ilegal constrangimento ao prosseguimento da execução. Desse modo, a vedação imposta não pode subsistir.

Na situação ora posta à análise, o MM. Magistrado de primeira instância indeferiu a penhora do veículo, por entender que, devido ao fato de ser um modelo antigo, haveria baixa probabilidade de sucesso em caso de realização de hasta pública para a alienação. Todavia, como se sabe, a execução se faz no interesse do credor, e, respeitada a ordem legal de penhora, não havendo outros bens que possam garantir a satisfação do crédito, deve ser efetuada a penhora requerida.

Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL DE CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. BENS INDICADOS À PENHORA PELO CREDOR. VEÍCULOS ANTIGOS. MAGISTRADO QUE RECUSA A CONSTRUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Após infrutíferas tentativas de localizar outros bens, manifestando o exequente o propósito de penhorar veículos antigos do executado, não cabe ao magistrado indeferir a construção, ainda que sob o fundamento de que a potencial iliquidez dos automóveis pudesse conduzir à inutilidade da penhora, pois a execução é realizada no interesse do credor (art. 612 do CPC).

3. Recurso especial provido.

(REsp 1523794/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 01/06/2015)”

No caso, é adequada a medida de penhora do veículo, tendo em vista que a execução fiscal foi proposta em fevereiro de 2018, sem que se tenha encontrado bem algum para a sua garantia. Nesse contexto, deve ser acolhida a pretensão recursal para que seja deferida a penhora de veículo encontrado por meio do sistema RENAJUD, a fim de que possa ser garantido o adimplemento do crédito da parte exequente.

Enfim prospera a pretensão recursal.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, nos termos supra.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE VEÍCULO ANTIGO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. EXECUÇÃO FISCAL SEM SUCESSO NA BUSCA DE GARANTIAS. RECURSO PROVIDO.

1. É possível o decreto de indisponibilidade de veículo automotor registrado em nome do executado, mesmo que o veículo ainda não tenha sido encontrado e, justamente por sua não-localização, esteja inviabilizada a penhora ou arresto. De modo a viabilizar futura garantia da execução, bem como sua efetividade perante terceiros, determina-se a indisponibilidade do veículo junto ao DETRAN (...) O sistema RENAJUD permite o envio de ordens judiciais eletrônicas de restrição de transferência, de licenciamento e de circulação (REsp 1151626/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 10/03/2011).

2. Na situação ora posta à análise, o MM. Magistrado de primeira instância indeferiu a penhora do veículo, por entender que, devido ao fato de ser um modelo antigo, haveria baixa probabilidade de sucesso em caso de realização de hasta pública para a alienação. Todavia, como se sabe, a execução se faz no interesse do credor, e, respeitada a ordem legal de penhora, não havendo outros bens que possam garantir a satisfação do crédito, deve ser efetuada a penhora requerida.

3. Ademais, não podem ser tolhidos os mecanismos legais disponíveis à exequente para satisfação do seu crédito, sob pena de ilegal constrangimento ao prosseguimento da execução. Desse modo, a vedação imposta não pode subsistir.

4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015900-20.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: JR PATINI MADEIRAS COMERCIAL MADEIREIRA LTDA, MARCOS BITTAR PATINI

Advogado do(a) AGRAVADO: ALUIR GUILHERME FERNANDES MILANI - SP84185-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **União**, inconformada com a r. decisão proferida nos autos da execução fiscal n. 0014116-73.2005.8.26.0248, ajuizada contra **JR PATINI MADEIRAS COMERCIAL MADEIREIRA LTDA e outro**, e em trâmite perante o Juízo Estadual do Setor de Anexo Fiscal da Comarca de Indaiatuba/SP.

Alega, em síntese, a agravante que:

a) a alienação da fração ideal do bem imóvel foi efetuada pelo sócio gerente após a determinação do redirecionamento da execução fiscal, e o crédito tributário já em processo de cobrança judicial;

b) deve ser reconhecida a fraude à execução fiscal, nos termos em que disciplina o art. 185 do CTN, com a redação dada pelo Lei Complementar nº 118/2005.

A parte agravada apresentou suas contrarrazões, nas quais alega que não há fraude a execução fiscal, e, por conseguinte, requereu o desprovisionamento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O artigo 185, *caput*, do Código Tributário Nacional, em sua redação original, dispunha que se presumia fraudulenta a alienação de bens e créditos por devedor do Fisco regularmente citado em ação de execução fiscal, *in verbis*:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução

A LC n. 118/2005, com vigência em 09/06/2005, alterou o dispositivo e excluiu a citação do executado como condição necessária para a configuração de fraude à execução, nos seguintes termos:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa."

Conforme cediço, a fraude à execução fiscal é regida pela norma vigente à época da alienação. Nesse interm, em relação aos negócios jurídicos celebrados antes da entrada em vigor da LC n. 118/2005, a fraude é presumida somente a partir da citação válida do executado; já no que tange às transações realizadas posteriormente à LC 118, configura-se a fraude desde a mera inscrição do débito tributário em dívida ativa.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou os critérios para a configuração de fraude à execução fiscal no julgamento do REsp n. 1.141.990/PR, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, in verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N.º 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (lex specialis derogat lex generalis), por isso que a Súmula n.º 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.

2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução."

3. A Lei Complementar n.º 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita."

4. Conseqüentemente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC n.º 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se in re ipsa, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o concilium fraudis. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 472-473 / BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo: "O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (tempus regit actum), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ". (EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 14/10/2009) "Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005)"; (REsp 726.323/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009) "Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005". (AgRg no Ag 1.048.510/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008) "A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (REsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal". (REsp 810.489/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009).

8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante n.º 10, verbis: "Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (jure et de jure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção jure et de jure, conquanto componente do elenco das "garantias do crédito tributário"; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.

10. In casu, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal.

11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008."

(REsp 1141990/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 19/11/2010 - sem grifos no original)

Deveras, restou assentado pela Corte Superior que as disposições processuais civis em matéria de fraude à execução não se aplicam aos executivos fiscais, os quais se sujeitam ao específico regramento do artigo 185 do Código Tributário Nacional.

É que o Código Tributário é norma especial em relação ao Código de Processo Civil e disciplina a fraude à execução de modo mais favorável ao credor fazendário e mais rigoroso ao devedor, uma vez que estão em jogo créditos de natureza pública.

Consignou o STJ, ainda, que o enunciado de sua Súmula n. 375 também não é aplicável no âmbito dos executivos fiscais, não se exigindo, para o reconhecimento da fraude à execução fiscal, que a constrição judicial seja prévia. Além disso, a má-fé é presumida de forma absoluta. Conseqüente, a natureza jurídica do crédito tributário conduz a que a simples alienação de bens e rendas pelo devedor do Fisco, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução.

Desconsideram-se, portanto, a vontade e a intenção do devedor alienante, do terceiro adquirente ou mesmo do credor hipotecário, bem como a existência do propósito de lesar o Fisco.

É dizer, a boa-fé do terceiro e seu desconhecimento da existência do débito tributário ou da execução fiscal são irrelevantes para descaracterizar a fraude à execução fiscal, sendo dispensada a necessidade de comprovação, pelo credor, de conluio ou má-fé.

Ainda de acordo com o art. 185, parágrafo único, do CTN, a presunção de má-fé somente é elidida quando o devedor alienante reserva patrimônio suficiente para garantia do débito em execução, mantendo-se solvente, sendo certo que a demonstração da solvência cabe ao executado e ao adquirente. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 185 DO CTN. PRESUNÇÃO EM FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. MANUTENÇÃO DA PENHORA. RESERVA DE BENS E NOTIFICAÇÃO DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. SÚMULA 7/STJ.

(...)

8. Como o art. 185, caput, do CTN estabelece presunção em favor da Fazenda Pública, **cabe ao executado ou ao terceiro interessado o ônus da prova quanto à existência de reserva, pelo devedor, de bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita (parágrafo único do art. 185 do CTN)**, ou mesmo da hipótese aventada pelo agravante de que a notificação da inscrição em Dívida Ativa possa ter ocorrido após a celebração do negócio jurídico.

9. Tais circunstâncias, contudo, não ficaram definidas no acórdão recorrido, razão pela qual sua investigação é vedada no âmbito do Recurso Especial (Súmula 7/STJ).

10. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1459823/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 06/04/2015 - sem grifos no original)

Na hipótese dos autos, a alienação foi registrada em fevereiro de 2008 (Id 1038153 - p. 1-5), ou seja, após a vigência da LC 118/05, razão pela qual o marco temporal para reger a existência de fraude é a inscrição do crédito tributário em dívida ativa. Logo, resta inconteste a presença do requisito para a presunção da fraude à execução.

Verifica-se, outrossim, que não há demonstração nos autos de origem de que os corréus tenham reservado bens suficientes para cobrir o crédito tributário em execução, o que impede a aplicação do parágrafo único do art. 185 do CTN, para afastar a ocorrência de fraude à execução.

Por fim, é preciso ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a notificação da pessoa jurídica acerca da inscrição dos créditos tributários não recolhidos em dívida ativa é suficiente para que o sócio gerente, tendo sua inclusão no polo passivo da execução fiscal determinada, possa incorrer em fraude à execução fiscal, acaso aliene seus bens, sem que lhe sobre ativos para adimplemento da obrigação tributária. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE BENS POSTERIORMENTE AO DEFERIMENTO DO PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO AO SÓCIO-GERENTE. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem entendeu estar caracterizada a fraude à execução, sob o fundamento de que, "para a caracterização da fraude à execução, na hipótese de alienação dos bens se dar após a entrada em vigor da LC 118/2005, a notificação da pessoa jurídica acerca da inscrição do crédito em dívida ativa estende seus efeitos ao sócio redirecionado. Significa dizer, na segunda hipótese, que, notificada a empresa acerca da inscrição em dívida ativa, presume-se cientificado o sócio redirecionado" (fl. 475, e-STJ).

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que não se considera fraude à execução, à luz do art. 185 do CTN, a alienação feita por sócio-gerente antes do redirecionamento da execução, pois inconcebível considerá-lo devedor até aquele momento. Precedente: EDcl no AREsp 733.261/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, DJe 23/09/2015.

4. In casu, colhe-se dos autos que o redirecionamento aos sócios gerentes ocorreu em 19.11.2012, e a alienação do bem em 14.4.2008; não há, portanto, falar presunção de fraude à execução prevista no art. 185 do CTN.

5. Recurso Especial provido.

(Resp 1692251/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 07/02/2018)

Além disso, apenas em caso de alienação de bens antes de determinado o redirecionamento afasta-se o reconhecimento de fraude à execução fiscal. No presente caso, como se constata nos documentos juntados, a alienação foi realizada em momento posterior à determinação do redirecionamento do feito em face do sócio, de modo que a fraude é presumida.

Destarte, a pretensão recursal merece acolhimento.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. MATÉRIA PACIFICADA NO JULGAMENTO DO RESP 1.141.990/PR. PENHORA DE IMÓVEL. REGISTRO DE ALIENAÇÃO POSTERIOR A DETERMINAÇÃO DE REDIRECIONAMENTO. NÃO DEMONSTRADA A SOLVÊNCIA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA OU DO SÓCIO EXECUTADOS. FRAUDE CONFIGURADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. No julgamento do RESp n. 1.141.990/PR, submetido ao rito dos repetitivos, restou pacificado pelo STJ que, em matéria de fraude à execução, não se aplica aos executivos fiscais as normas processuais civis e o enunciado de sua súmula n. 375, devendo ser observado o disposto no art. 185, do CTN, do seguinte modo: a) em relação aos negócios jurídicos celebrados na vigência da redação original, presume-se a fraude a partir da citação válida; b) quanto às alienações realizadas posteriormente à LC n. 118/2005, configura-se a fraude desde a mera inscrição do débito tributário em dívida ativa. A má-fé é presumida de forma absoluta, ou seja, a boa-fé do terceiro é irrelevante para descaracterizar a fraude.

2. Na hipótese dos autos, a alienação foi registrada em fevereiro de 2008 (Id - p. 1-4), ou seja, após a vigência da LC 118/05, razão pela qual o marco temporal para reger a existência de fraude é a inscrição do crédito tributário em dívida ativa. Logo, resta incontestada a presença do requisito para a presunção da fraude à execução. Verifica-se, outrossim, que não há demonstração nos autos origem de que os corréus tenham reservado bens suficientes para cobrir o crédito tributário em execução, o que impede a aplicação do parágrafo único do art. 185 do CTN, para afastar a ocorrência de fraude à execução.

3. Por fim, é preciso ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a notificação da pessoa jurídica acerca da inscrição dos créditos tributários não recolhidos em dívida ativa é suficiente para que o sócio gerente, tendo sua inclusão no polo passivo da execução fiscal determinada, possa incorrer em fraude à execução fiscal, acaso aliene seus bens, sem que lhe sobre ativos para adimplemento da obrigação tributária.

4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000617-47.2019.4.03.6123

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRUE COLOR PIGMENTOS E CORANTES LTDA

Advogados do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERA VOLO LAGUNA - SP182696-A

ATO ORDINATÓRIO

Fica(m) a(s) parte(s) ciente(s) da publicação do v.acórdão ID nº 149876499.

São Paulo, **21 de dezembro de 2020**.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000457-02.2020.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EDILSON FERREIRA DE LIMA

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000457-02.2020.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EDILSON FERREIRA DE LIMA

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Edilson Ferreira de Lima** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de São Paulo/Centro, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora dar andamento ao seu recurso administrativo.

A liminar foi deferida para determinar à autoridade impetrada que, no prazo de 15 (quinze) dias, proceda ao andamento do recurso administrativo afeto ao NB 176.367.175.2, protocolado sob o número 44232.872197/2016-07, desde que não haja por parte da parte impetrante providência a ser cumprida (ID 144419828).

A MM. Juíza *a quo*, ao final, concedeu a segurança para o fim de determinar o imediato encaminhamento do recurso administrativo afeto ao NB 176.367.175.2 ao Órgão Julgador, protocolado sob o número 44232.872197/2016-07, desde que não haja por parte da parte impetrante providência a ser cumprida (ID 144419894).

O INSS apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) a Administração não está inerte quanto à análise do pedido do acionante, muito pelo contrário, tem se movimentado para modernizar o atendimento ao público (INSS DIGITAL) e adotou fluxo de trabalho que prima pelo tratamento isonômico dos requerentes ao aplicar a ordem cronológica como premissa para exame dos requerimentos administrativos, o que demonstra inexistir qualquer ilegalidade a ser aqui gurgueada;
- b) os prazos legais invocados na exordial (Leis n.º 9.784/99 e n.º 8.213/91) foram estipulados pelo legislador há mais de uma década, em contexto fático distinto do atual, razão pela qual estes podem ser flexibilizados, mormente quando apresentadas justificativas razoáveis ao diferimento do exame dos requerimentos apresentados;
- c) o INSS passa por uma grave crise de aposentadoria em massa de seus servidores, havendo risco até mesmo de fechamento de agências por falta de servidores a partir do início de 2019, o que deve ser considerado nos autos;
- d) o deferimento da pretensão apenas acarretaria o efeito “fura-fila”, pois outros segurados à frente do impetrante na ordem de espera por decisão administrativa serão preteridos e terão que esperar pela apreciação mais célere da pretensão da parte autora deste feito, causando tumulto e dificuldades extras na gestão da ordem de processos esperando apreciação administrativa, que é cronológica.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, emparecer da lavra do Dr. Osvaldo Capelari Junior, opinou pelo desprovimento da apelação e da remessa necessária (ID 145627491).

É o relatório.

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora dar andamento ao recurso administrativo do impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência."

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

O impetrante alega que cumpriu a diligência determinada pela 2ª CAJ no dia 18.09.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (16.01.2020) não havia qualquer perspectiva de andamento do processo na APS de origem.

A autoridade impetrada, por sua vez, somente encaminhou o processo de volta ao órgão recursal julgador após a concessão da liminar (ID 144419910), vindo, sem dúvidas, a extrapolar os limites da razoabilidade, em clara ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência e continuidade do serviço público.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido". (AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

Registre-se que a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
4. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa necessária., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001957-25.2020.4.03.6112

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: MARCOS ANTONIO ALVES DE OLIVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALMIR ROGERIO PEREIRA CORREA - SP219290-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001957-25.2020.4.03.6112

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: MARCOS ANTONIO ALVES DE OLIVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALMIR ROGERIO PEREIRA CORREA - SP219290-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Marcos Antonio Alves de Oliveira** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de Presidente Prudente/SP, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do seu pedido de aposentadoria por tempo de contribuição do deficiente físico.

A liminar foi deferida em parte para que a autoridade impetrada, no prazo de 90 dias, contados a partir de quando cessar a suspensão que impede o cumprimento da diligência, conclua o processo administrativo do impetrante. (ID 144861757).

O MM. Juíza *quo*, ao final, concedeu parcialmente a segurança, confirmando a liminar (ID 144861764).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, emparecer da lavra da Dra. Zélia Luiza Pierdoná, opinou pela extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, c/c o § 5º do art. 6º, da Lei nº 12.016/09 (ID 145175302).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001957-25.2020.4.03.6112

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: MARCOS ANTONIO ALVES DE OLIVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALMIR ROGERIO PEREIRA CORREA - SP219290-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição do deficiente físico formulado pela impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que protocolou seu requerimento de benefício previdenciário no dia 17.08.2018, tendo sido expedida exigência em 26.03.2020, concernente à apresentação de documentos médicos, o que foi cumprido em 08.04.2020, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (14.07.2020) não havia qualquer perspectiva de análise pela autarquia previdenciária.

A autoridade impetrada, de fato, extrapolou os limites da razoabilidade, em clara ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência e continuidade do serviço público.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_ REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificativa plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido". (AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_ REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016327-12.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROGERIO APARECIDO RUY - SP155325-A

AGRAVADO: CARRIERWEB-BR SOLUCOES TECNOLOGICAS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCUS VINICIUS MENDES DA SILVA - RJ227528

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016327-12.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROGERIO APARECIDO RUY - SP155325-A

AGRAVADO: CARRIERWEB-BR SOLUCOES TECNOLOGICAS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCUS VINICIUS MENDES DA SILVA - RJ227528

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES**, contra decisão proferida nos autos da execução fiscal de nº 0001171-78.2016.4.03.6121, ajuizada em face de **CARRIERWEB-BR SOLUCOES TECNOLOGICAS LTDA**, e em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção da Judiciária de São Paulo/SP, por meio da qual foi indeferida a pesquisa e bloqueio de veículo automotor por meio do sistema RENAJUD.

A parte agravante alega em síntese que não são desnecessários o esgotamento de diligências e a indicação do veículo para que seja determinada a pesquisa e a constrição de bens por meio do sistema RENAJUD, sendo a sua utilização meio de garantir maior efetividade e celeridade às execuções fiscais.

Embora intimada, parte agravada não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016327-12.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROGERIO APARECIDO RUY - SP155325-A

AGRAVADO: CARRIERWEB-BR SOLUCOES TECNOLOGICAS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCUS VINICIUS MENDES DA SILVA - RJ227528

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (relatora):

A decisão agravada indeferiu a pesquisa e bloqueio de veículos automotores em nome da parte executada por meio do sistema RENAJUD.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça havia se firmado no sentido de que as providências judiciais só teriam lugar quando impossível ao interessado tomá-las por si só e, além disso, depois de exauridas as diligências ao seu alcance. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. SIGILO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL. MEDIDA EXCEPCIONAL.

1. O STJ firmou entendimento de que a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado para que o exequente obtenha informações sobre a existência de bens do devedor inadimplente é admitida somente após terem sido esgotadas as tentativas de obtenção dos dados na via extrajudicial.

2. Agravo regimental provido.”

(AgRg no REsp 1135568/PE, Relator Ministro João Otávio de Noronha, STJ - Quarta Turma, DJE 28/05/2010)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA. EXCEPCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO”.

1. A expedição de ofício à Receita Federal, para fornecimento de informações, é providência admitida excepcionalmente, justificando-se tão somente quando demonstrado ter o credor esgotado todos os meios à sua disposição para encontrar bens passíveis de penhora, o que não ocorre no caso dos autos.

2. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 595612/DF, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, STJ - Quarta Turma, DJE 11/02/2008, p. 00001)

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que para a utilização dos sistemas de informação convenientes aos tribunais não há a necessidade de esgotamento de diligências. Há, inclusive, recomendação do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação nº 51, de 23/03/2015) para que as ferramentas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD sejam utilizadas para a determinação de constrição de bens.

Nesse sentido, vejamos os precedentes mais atuais sobre a temática:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE.

1. Com a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução para prestigiar a efetividade da Execução, de modo que a apreensão judicial de dinheiro, mediante o sistema eletrônico denominado Bacen-Jud, passou a ser medida primordial, independentemente da demonstração relativa à inexistência de outros bens.

2. Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos.

3. O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.184.765/PA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, processado sob o rito dos recursos repetitivos, firmou que “a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21/11/2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras”.

4. O STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacen-Jud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados.

Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17.8.2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

4. Recurso Especial provido.”

(REsp 1723898/ES, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 23/11/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMAS BACEN-JUD, RENAJUD OU INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. **A jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização dos sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD não estaria condicionada ao esgotamento de diligências.**

2. Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

3. Recurso especial a que se dá provimento.”

(REsp 1703669/RJ, Relator Ministro OG FERNANDES, STJ - Segunda Turma, DJe 26/02/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. 1. Inicialmente, quanto à violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, verifica-se que a parte recorrente limitou-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca das questões apresentadas nos Embargos de Declaração, o fazendo de forma genérica, sem desenvolver argumentos para demonstrar especificamente a suposta mácula. Incidência da Súmula 284 do STF.

2. No mais, discute-se nos autos sobre a possibilidade de deferimento de consulta aos sistemas Infojud e Renajud antes do esgotamento das diligências por parte da exequente.

3. Com relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.184.765/PA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, processado sob o rito dos recursos repetitivos, **firmou entendimento de que “[...] a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21/1/2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras”. O entendimento supramencionado tem sido estendido por esta Corte também à utilização dos sistemas Infojud e Renajud.**

4. Recurso Especial parcialmente provido.”

(REsp 1695998/ES, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 19/12/2017) (grifei)

O entendimento é aplicado nas execuções cíveis, tanto mais deve ser aplicado nas execuções fiscais, que tratam de créditos públicos, fiscais ou extrafiscais. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONSULTA AO SISTEMA INFOJUD. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS A FIM DE LOCALIZAR BENS DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 535, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

2. A instância de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não emitiu juízo de valor sobre o art. 620 do CPC/1973 (princípio da menor onerosidade) e 185-A do CTN (cabimento da indisponibilidade dos bens).

3. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. O acórdão recorrido consignou: “A questão centra-se na insatisfação das agravantes ante a decisão monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento, mantendo a decisão agravada que deferiu a penhora “on line” pelo sistema BACEN-JUD. (...) Quanto ao bloqueio dos depósitos bancários, não restou comprovado a natureza salarial dos valores bloqueados, sendo certo que a matéria não comporta mais discussão, pois em Recurso Repetitivo (STJ REsp 1, 112.943-MA, Rei, Min. Nancy Andrighi, ocorrido em 15/09/2010), ficou sedimentado o entendimento da possibilidade da penhora “online” pelo sistema BACENJUD, sem a necessidade prévio exaurimento na busca de outros bens do executado, colacionando para tanto, julgados que perfilham este entendimento.” (fl. 614, e-STJ)

5. **O Tribunal a quo está em consonância com o Superior Tribunal de Justiça que em precedente submetido ao rito do art. 543-C firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on-line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal.** (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017).

6. Recurso Especial não conhecido.”

(REsp 1724422/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 22/05/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. INFOJUD. INEXISTÊNCIA DE NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS BUSCAS POR BENS DO DEVEDOR.

1. **A jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização do sistema INFOJUD não está condicionada ao esgotamento de diligências.**

2. Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte.

3. Recurso Especial provido para permitir a utilização do sistema INFOJUD independentemente do esgotamento de diligências.”

(REsp 1667529/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 29/06/2017) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADA. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Não se configura a alegada ofensa ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. Cuida-se, na origem, de Agravo de Instrumento interposto pela Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, contra decisão que indeferiu pedido de consulta, por meio do sistema Infojud, de informações patrimoniais existentes em nome do executado.

3. O Tribunal a quo deu parcial provimento ao Agravo de Instrumento restringindo acesso apenas ao BacenJud.

4. Contudo, esclareça-se que esta “Corte, em precedentes submetidos ao rito do art. 543-C, firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal”. (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017) (grifo acrescentado).

5. **Ademais, o STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacenjud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados.** Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.667.420/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/6/2017; AgInt no REsp 1.619.080/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 19/4/2017; AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017; REsp 1.347.222/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 2/9/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/5/2015, e REsp 1.582.421/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016.

6. Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos.

7. Recurso Especial parcialmente provido.”

(REsp 1735675/PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 23/11/2018) (grifei)

A utilização dos sistemas INFOJUD, BACENJUD e RENAJUD, para localização do devedor e seus bens e determinação de constrição eletrônica de bens e ativos financeiros, é de grande valia, haja vista que as pesquisas são realizadas de forma célere, sendo possível a comunicação imediata de ordens judiciais, resultando em melhor prestação jurisdicional e real salvaguarda do direito do credor a receber o que lhe é devido.

Por fim, com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução para prestigiar o princípio da efetividade da execução, o que foi mantido pelo novo Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente às execuções fiscais, nas quais tal princípio tem uma relevância ainda maior.

Nesse contexto, merece reforma a decisão agravada, para o fim de determinar a pesquisa por meio do sistema RENAJUD, e que possam ser encontrados bens de propriedade da parte executada para o adimplemento do crédito, tendo em vista que a execução fiscal, segundo a documentação que consta dos autos, não se encontra garantida até o momento. Além de tudo quanto pontuado, ressalte-se que a pesquisa por meio do sistema RENAJUD é realizada justamente para que possam ser encontrados bens passíveis de penhora, não havendo motivo para que se exija a indicação do veículo sobre qual deverá recair a constrição.

Assim, ao menos em exame de cognição sumária, própria do agravo de instrumento, deve ser acolhido o pleito da recorrente.

Ante o exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PESQUISA RENAJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECOMENDAÇÃO Nº 51 DO CNJ. POSSIBILIDADE DE PESQUISA E CONSTRIÇÃO POR MEIO DO SISTEMA CONVENIADO. RECURSO PROVIDO.

1. A decisão agravada indeferiu a pesquisa e bloqueio de veículos automotores em nome da parte executada, por meio do sistema RENAJUD.
2. Há recomendação do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação nº 51, de 23/03/2015) para que as ferramentas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD sejam utilizadas para a determinação de constrição de bens.
3. Merece reforma a decisão agravada, para o fim de determinar a pesquisa por meio do sistema RENAJUD, e que possam ser encontrados bens de propriedade da parte executada para o adimplemento do crédito, tendo em vista que a execução fiscal não se encontra garantida até o momento. Além de tudo quanto pontuado, ressalte-se que pesquisa é justamente para que possam ser encontrados bens passíveis de penhora, não havendo motivo para que se exija a indicação do veículo sobre qual deverá recair a constrição.
4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017227-92.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

Advogado do(a) AGRAVANTE: JAMILLE DE JESUS MATTISEN - SP277783-A

AGRAVADO: GENILDO DE BRITO

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017227-92.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

Advogado do(a) AGRAVANTE: JAMILLE DE JESUS MATTISEN - SP277783-A

AGRAVADO: GENILDO DE BRITO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO**, contra a r. decisão exarada nos autos da execução fiscal nº 5022239-39.2018.4.03.6182, movida em face de **GENILDO DE BRITO**, em trâmite no Juízo Federal da 5ª Vara Especializada em Execuções Fiscais da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, no âmbito da qual indeferido pedido de constrição pelo sistema BACENJUD.

Em síntese, alega a agravante que o pedido de consulta e constrição por meio do sistema BACENJUD não pode ser negado unicamente em virtude do valor executado, assim como deve ser reconhecido como superado o entendimento de que as referidas medidas somente seriam aplicáveis após o esgotamento de diligências em busca de bens do executado.

A parte agravada não foi intimada, haja vista que não possui advogado constituído nos autos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017227-92.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

Advogado do(a) AGRAVANTE: JAMILLE DE JESUS MATTISEN - SP277783-A

AGRAVADO: GENILDO DE BRITO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A senhora Juíza Federal convocada Denise Avelar (relatora):

Como advento da Lei nº 11.382/2006, que alterou o Código de Processo Civil de 1973, e da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o atual Código de Processo Civil, restou superado o entendimento de que seria excepcional e extraordinária a penhora de dinheiro depositado em instituição financeira, de sorte que manifestamente despropositado falar do caráter confiscatório da medida.

Deveras, resulta do sistema processual que a penhora em dinheiro é opção preferencial, cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade ou pedir a substituição por outro bem cuja constrição seja-lhe menos onerosa e igualmente capaz de garantir a execução (Código de Processo Civil de 2015: arts. 835, inciso I e § 1º, 854, § 2º, e 847). Nesse sentido, veja-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CREA. ADESÃO AO PARCELAMENTO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.

1. Conforme assente na jurisprudência, cabe extinção de embargos à execução fiscal, por falta de interesse de agir, quando o devedor adere ao parcelamento da dívida executada, o que não prejudica, no entanto, o exame de questões de ordem pública.

2. A citação por edital foi regular, na medida em que precedida por certidão, de oficial de Justiça, no sentido de que o citando não foi localizado, apesar dos esforços realizados, não elidindo, de sua vez, a validade do ato a comprovação de parcelamento, rescindido por descumprimento.

3. Não houve violação do artigo 8º da Lei 12.514/2011, vez que tal preceito não se aplica às execuções fiscais ajuizadas anteriormente à respectiva vigência, como é o caso.

4. Quanto à prescrição, a informação de parcelamento afeta o curso da prescrição, na medida em que não corre o lapso da prescrição enquanto vigente o acordo. Ao devedor incumbia demonstrar não ter havido ato interruptivo ou impeditivo da prescrição, para além de simplesmente alegar o decurso do prazo sem impugnar ou tratar da informação de parcelamento.

5. Acerca da decadência, não existem elementos de comprovação, vez que, referindo-se a anuidades ao período de 2004 e 2005, houve procedimento administrativo em 2008, que gerou a inscrição ainda em tempo, sem qualquer prova da falta de notificação do contribuinte para o pagamento, à luz da jurisprudência consolidada.

6. Finalmente, com relação à impenhorabilidade, não existe prova nos autos de que se trate de verba alimentar, configurando ônus do executado a demonstração do fato impeditivo ou modificativo do direito do exequente.

7. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2245794 - 0001436-28.2016.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 23/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2017)

Em outras palavras, é da lei que, atualmente, primeiro se faz a penhora *online* e, posteriormente, e ainda assim conforme o caso, ela pode ser levantada ou substituída.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada em julgamento na sistemática dos recursos repetitivos: REsp 1184765 /PA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010.

Assim, ao impedir a constrição pelo sistema BACENJUD por risco de atingimento de bens impenhoráveis, como o fez na decisão agravada, o MM. Magistrado de Primeiro Grau destoa do precedente acima mencionado, e efetua imposição de requisito sem previsão legal, além de menosprezar a preferência do dinheiro para garantia da execução fiscal.

Como se sabe, não podem ser tolhidos os mecanismos legais disponíveis à exequente para satisfação do seu crédito, sob pena de ilegal constrangimento ao prosseguimento da execução. Desse modo, a vedação imposta não pode subsistir.

Além disso, a impenhorabilidade dos ativos financeiros, se encontrados e constritos, deve ser demonstrada pelo executado, sendo ônus desse a comprovação de causa impeditiva do direito do credor. Não se pode olvidar que, embora o montante cobrado seja inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, há possibilidade de o devedor possuir ativos em quantia superior à fixada em lei como protegida pela regra da impenhorabilidade, e o excedente é passível de penhora.

Insta ressaltar que a utilização dos sistemas INFOJUD, BACENJUD e RENAJUD, para localização do devedor e seus bens e determinação de constrição eletrônica de bens e ativos financeiros, é de grande valia, haja vista que as pesquisas são realizadas de forma célere, sendo possível a comunicação imediata de ordens judiciais, resultando em melhor prestação jurisdicional e real salvaguarda do direito do credor a receber o que lhe é devido, sendo recomendada pelo CNJ, em sua resolução nº 51.

Destaque-se, outrossim, que a jurisprudência atual não requer o esgotamento de outras diligências para que sejam usados os sistemas a disposição do Juízo com o intuito de localizar o executado e seus bens. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONSULTA AO SISTEMA INFOJUD. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS A FIM DE LOCALIZAR BENS DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 535, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

2. A instância de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não emitiu juízo de valor sobre o art. 620 do CPC/1973 (princípio da menor onerosidade) e 185-A do CTN (cabimento da indisponibilidade dos bens).

3. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. O acórdão recorrido consignou: "A questão centra-se na insatisfação das agravantes ante a decisão monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento, mantendo a decisão agravada que deferiu a penhora "online" pelo sistema BACEN-JUD. (...) Quanto ao bloqueio dos depósitos bancários, não restou comprovado a natureza salarial dos valores bloqueados, sendo certo que a matéria não comporta mais discussão, pois em Recurso Repetitivo (STJ REsp 1, 112.943-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, ocorrido em 15/09/2010), ficou sedimentado o entendimento da possibilidade de penhora "online" pelo sistema BACENJUD, sem a necessidade prévia exaurimento na busca de outros bens do executado, colacionando para tanto, julgados que perfilham este entendimento." (fl. 614, e-STJ) 5. O Tribunal a quo está em consonância com o Superior Tribunal de Justiça que em precedente submetido ao rito do art. 543-C firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on-line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal. (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017).

6. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1724422/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 22/05/2018) - sem grifos no original

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMAS BACEN-JUD, RENAJUD OU INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização dos sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD não estaria condicionada ao esgotamento de diligências.

2. Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 17/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1703669/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018) - sem grifos no original

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o limite previsto no art. 20 da Lei nº. 10.522/2002 aplica-se unicamente às execuções fiscais de créditos cobrados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inscritos na dívida ativa da União.

Esse entendimento foi aplicado no julgamento do REsp nº. 1.363.163/SP, pelo rito dos recursos repetitivos, cuja ementa se destaca a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. DÉBITOS COM VALORES INFERIORES A R\$ 10.000,00. ARQUIVAMENTO SEM BAIXA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 20, DA LEI 10.522/02. INAPLICABILIDADE. LEI 12.514/11. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO, SUJEITO AO REGIME DO ARTIGO 543-C, DO CPC.

1. Recurso especial no qual se debate a possibilidade de aplicação do artigo 20 da Lei 10.522/02 às execuções fiscais propostas pelos Conselhos Regionais de Fiscalização Profissional.

2. Da simples leitura do artigo em comento, verifica-se que a determinação nele contida, de arquivamento, sem baixa, das execuções fiscais referentes aos débitos com valores inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) destina-se exclusivamente aos débitos inscritos como dívida ativa da União, pela Procuradoria da Fazenda Nacional ou por ela cobrados.

3. A possibilidade/necessidade de arquivamento do feito em razão do valor da execução fiscal foi determinada pela Lei 10.522/02, mediante critérios específicos dos débitos de natureza tributária cuja credora é a União, dentre os quais os custos gerados para a administração pública para a propositura e o impulso de demandas desta natureza, em comparação com os benefícios pecuniários que poderão advir de sua procedência.

4. Não há falar em aplicação, por analogia, do referido dispositivo legal aos Conselhos de Fiscalização Profissional, ainda que se entenda que as mencionadas entidades tenham natureza de autarquias, mormente porque há regra específica destinada às execuções fiscais propostas pelos Conselhos de Fiscalização Profissional, prevista pelo artigo 8º da Lei n. 12.514/2011, a qual, pelo Princípio da Especialidade, deve ser aplicada no caso concreto.

5. A submissão dos Conselhos de fiscalização profissional ao regramento do artigo 20 da Lei 10.522/02 configura, em última análise, vedação ao direito de acesso ao poder judiciário e à obtenção da tutela jurisdicional adequada, assegurados constitucionalmente, uma vez que cria obstáculo desarrazoado para que as entidades em questão efetuem as cobranças de valores aos quais têm direito.

6. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C, do CPC.

(REsp 1363163/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/09/2013, DJe 30/09/2013) – sem grifos no original

Logo, não pode permanecer a decisão agravada, devendo ser permitido o bloqueio de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD.

Ante o exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ANUIDADES. LEI 10.522/2002. LIMITE. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. CONSTRICÇÃO PELO SISTEMA BACENJUD. PRECEDENTES. PEQUENO VALOR. POSSIBILIDADE. ÔNUS DO DEVEDOR DEMONSTRAR IMPENHORABILIDADE. RENAJUE INFOJUD. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E NA PARTE CONHECIDA PROVIDO.

1. A penhora em dinheiro é opção preferencial, cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade ou pedir a substituição por outro bem cuja constrição seja-lhe menos onerosa e igualmente capaz de garantir a execução (Código de Processo Civil de 2015: arts. 835, inciso I e § 1º, 854, § 2º, e 847).

2. A impenhorabilidade dos ativos financeiros, se encontrados e constritos, deve ser demonstrada pelo executado, sendo ônus desse a comprovação de causa impeditiva do direito do credor. Não se pode olvidar que, embora o montante cobrado seja inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, há possibilidade de o devedor possuir ativos em quantia superior à fixada em lei como protegida pela regra da impenhorabilidade, e o excedente é passível de penhora.

3. Não se aplica o limite previsto na Lei 10.522/2002 ao Conselhos profissionais. Precedentes do STJ.

4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5002188-32.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTEAUTORA: GILCARA PEREIRA CARDOSO

Advogado do(a) PARTEAUTORA: VALDI FERREIRA DOS SANTOS - SP273227-A

PARTE RE: ASSOCIACAO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU, CEALCA-CENTRO DE ENSINO ALDEIA DE CARAPICUIBALTA - EPP, UNIÃO FEDERAL, RESPONSÁVEL PELA SECRETARIA DE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR (SERER), DIRETOR DA FALC - FACULDADE DA ALDEIA DE CARAPICUÍBA, DIRETOR DA ASSOCIAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU

Advogados do(a) PARTE RE: BEATRIZ CHIO DE SENNA JUSTINO - RJ209465-A, BEATRIS JARDIM DE AZEVEDO - RJ117413-A, ALEXANDRE GOMES DE OLIVEIRA - MG97218-A, CARLA ANDREA BEZERRA ARAUJO - RJ94214-A

Advogados do(a) PARTE RE: BEATRIS JARDIM DE AZEVEDO - RJ117413-A, ALEXANDRE GOMES DE OLIVEIRA - MG97218-A, CARLA ANDREA BEZERRA ARAUJO - RJ94214-A, BEATRIZ CHIO DE SENNA JUSTINO - RJ209465-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5002188-32.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: GILCARA PEREIRA CARDOSO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VALDI FERREIRA DOS SANTOS - SP273227-A

PARTE RE: ASSOCIACAO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU, CEALCA-CENTRO DE ENSINO ALDEIA DE CARAPICUIBALTA - EPP, UNIÃO FEDERAL, RESPONSÁVEL PELA SECRETARIA DE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR (SERER), DIRETOR DA FALC - FACULDADE DA ALDEIA DE CARAPICUIBA, DIRETOR DA ASSOCIAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU

Advogados do(a) PARTE RE: BEATRIZ CHIO DE SENNA JUSTINO - RJ209465-A, BEATRIS JARDIM DE AZEVEDO - RJ117413-A, ALEXANDRE GOMES DE OLIVEIRA - MG97218-A, CARLA ANDREA BEZERRA ARAUJO - RJ94214-A

Advogados do(a) PARTE RE: BEATRIS JARDIM DE AZEVEDO - RJ117413-A, ALEXANDRE GOMES DE OLIVEIRA - MG97218-A, CARLA ANDREA BEZERRA ARAUJO - RJ94214-A, BEATRIZ CHIO DE SENNA JUSTINO - RJ209465-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária em face de sentença que concedeu em parte a segurança pleiteada para determinar a anulação do ato de cancelamento do diploma do Curso de Pedagogia da impetrante, realizado pelo Reitor da UNIG, devendo-se restabelecer sua validade.

Consta dos autos que a impetrante concluiu o curso de Pedagogia pela Faculdade da Aldeia de Carapicuíba – FALC e obteve o registro de seu diploma pela UNIG.

Entretanto, narrou a impetrante que foi surpreendida com a informação de cancelamento do registro de seu diploma por ato do Ministério da Educação, em razão de diplomas irregulares expedidos por algumas IES, dentre elas a FALC.

Defendeu a impetrante em sua inicial que o registro de seu diploma configura ato jurídico perfeito.

Informações prestadas pela impetrada.

Após a prolação da sentença e as providências de praxe, subiram os autos a esta Corte para análise da remessa necessária.

É o relatório

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002188-32.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: GILCARA PEREIRA CARDOSO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VALDI FERREIRA DOS SANTOS - SP273227-A

PARTE RE: ASSOCIACAO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU, CEALCA-CENTRO DE ENSINO ALDEIA DE CARAPICUIBALTA - EPP, UNIÃO FEDERAL, RESPONSÁVEL PELA SECRETARIA DE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR (SERER), DIRETOR DA FALC - FACULDADE DA ALDEIA DE CARAPICUIBA, DIRETOR DA ASSOCIAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU

Advogados do(a) PARTE RE: BEATRIZ CHIO DE SENNA JUSTINO - RJ209465-A, BEATRIS JARDIM DE AZEVEDO - RJ117413-A, ALEXANDRE GOMES DE OLIVEIRA - MG97218-A, CARLA ANDREA BEZERRA ARAUJO - RJ94214-A

Advogados do(a) PARTE RE: BEATRIS JARDIM DE AZEVEDO - RJ117413-A, ALEXANDRE GOMES DE OLIVEIRA - MG97218-A, CARLA ANDREA BEZERRA ARAUJO - RJ94214-A, BEATRIZ CHIO DE SENNA JUSTINO - RJ209465-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Observa-se que a impetrante obteve diploma de graduação no Curso de Pedagogia perante a Faculdade da Aldeia de Carapicuíba – FALC, cujo registro foi realizado pela Universidade de Iguçu – UNIG, e posteriormente cancelado.

Em que pese o entendimento adotado anteriormente por este Relator, verifica-se que o assunto foi recentemente definido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do conflito de competência nº 171.870/SP. *Verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. DEMANDA PROPOSTA CONTRA INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO SUPERIOR PARA FINS DE DECLARAÇÃO DE VALIDADE DE DIPLOMA, BEM ASSIM PARA O SEU DEFINITIVO REGISTRO. CONTROVÉRSIA ENTRE PARTICULARES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Osasco - SJ/SP em face do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Carapicuíba/SP em demanda ajuizada por particular contra a Associação de Ensino Superior de Nova Iguçu (UNIG) e o Centro de Ensino Aldeia de Carapicuíba Ltda (CEALCA) objetivando seja declarada a validade de seu diploma e realizado o seu definitivo registro.
2. Proposta a demanda perante a Justiça Estadual, foi declinada a competência e determinada a remessa dos autos à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, pelo entendimento de que o caso envolveria registro de diploma perante órgão federal competente.
3. Após o recebimento dos autos, o Juízo Federal suscitou conflito negativo de competência por entender que a controvérsia dos autos se dá entre particulares, ainda que uma delas seja universidade privada sujeita à fiscalização da União.
4. Pelo que se extrai da inicial, o contexto em que se deu o cancelamento do registro do diploma não teve atuação direta do Ministério da Educação, e sim má interpretação de determinação - posteriormente revogada - de suspensão da autonomia universitária da UNIG, o que atingira a atividade de registro de diplomas. Não se evidenciando interesse da União no presente caso, até porque não se discute o credenciamento da universidade particular, deve ser a demanda processada e julgada na Justiça Estadual. No mesmo sentido, recente manifestação da Primeira Seção desta Corte em caso idêntico ao dos autos: AgInt no CC 167747/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 11/5/2020.
5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Estadual, o suscitado.

(CC 171.870/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2020, DJe 02/06/2020)

Igualmente:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO SUBMETIDO AO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. DEMANDA PROPOSTA CONTRA INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO SUPERIOR PARA FINS DE DECLARAÇÃO DE VALIDADE DE DIPLOMA, BEM ASSIM PARA O SEU DEFINITIVO REGISTRO. CONTROVÉRSIA ENTRE PARTICULARES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Osasco - SJ/SP em face do Juízo de Direito da 1ª Vara de Cotia/SP em demanda ajuizada por particular contra a Associação de Ensino Superior de Nova Iguçu (UNIG) e o Instituto Superior de Educação Ahvorada Plus objetivando seja declarada a validade de seu diploma, bem assim seja determinado o seu registro definitivo.
2. Proposta a demanda perante a Justiça Estadual, foi declinada a competência e determinada a remessa dos autos à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, pelo entendimento de que o caso envolveria registro de diploma perante órgão federal competente.
3. Após o recebimento dos autos, o Juízo Federal suscitou conflito negativo de competência por entender que a controvérsia dos autos se dá entre particulares, ainda que uma delas seja universidade privada sujeita à fiscalização da União.
4. Pelo que se extrai da inicial, o contexto em que se deu o cancelamento do registro do diploma não teve atuação direta do Ministério da Educação, e sim má interpretação de determinação - posteriormente revogada - de suspensão da autonomia universitária da UNIG, o que atingira a atividade de registro de diplomas. Não se evidenciando interesse da União no presente caso, até porque não se discute o credenciamento da universidade particular, deve ser a demanda processada e julgada na Justiça Estadual. No mesmo sentido, recente manifestações da Primeira Seção desta Corte em casos idênticos ao dos autos: AgInt no CC 167747/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 11/5/2020; e CC 171870/SP, de minha relatoria, DJe de 2/6/2020.
5. Agravo interno não provido.

(AgInt no CC 171.790/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 30/06/2020, DJe 03/08/2020)

Portanto, de rigor o reconhecimento da incompetência material da Justiça Federal para o processamento do feito, de modo que o processo originário deve ser remetido à Justiça Estadual.

Ante o exposto, de ofício, reconheço a incompetência material da Justiça Federal, anulando a sentença prolatada, e determino a remessa dos autos originários à Justiça Estadual e julgo prejudicada a remessa necessária.

É o voto.

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar: Peço vênia ao e. Relator para, em que pese a recente jurisprudência apontada, apresentar meu voto divergente.

No que tange à competência da Justiça Federal, estabelece o art. 109, I da Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

No caso dos autos, a demanda na qual se origina o presente recurso objetiva que a instituição de ensino superior, responsável pelo registro do diploma emitido pela faculdade associada, revogue a decisão que cancelou o referido registro, tornando-o inválido.

O cancelamento do registro do diploma foi efetuado em razão de uma portaria publicada pelo Ministério da Educação, a portaria 738/2016, que assim dispõe:

Art. 1º Seja instaurado processo administrativo para aplicação de penalidades previstas no art. 52 do Decreto 5.773/2006 em face da Universidade Iguacu - UNIG (cód. 330), mantida pela Associação de Ensino Superior de Nova Iguaçu (cód. 230), reconhecida pela Portaria nº 1.318, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/09/1993, com funcionamento na Avenida Abílio Augusto Távora, nº 2134, Bairro: Jardim Nova Era, Nova Iguaçu/RJ.

Art. 2º Seja aplicada à Universidade Iguacu - UNIG (cód.330), medida cautelar administrativa de suspensão da autonomia universitária, em especial, o impedimento de registro de diplomas, inclusive em desfavor da própria IES, bem como o sobrestamento do processo de reconhecimento da UNIG durante a instrução do presente processo administrativo ou até decisão ulterior.

Desse modo, considerando ter havido o cancelamento do registro do diploma, em decorrência de procedimento administrativo instaurado pelo MEC, e tratando-se de ato de particular no exercício de atividade delegada pela União, vê-se que há interesse desta a ensejar a competência federal para o conhecimento e julgamento da ação.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em recurso representativo de controvérsia, julgado pelo rito previsto no art. 543-C. Senão, veja-se:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA. REGISTRO DE DIPLOMAS CREDENCIAMENTO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. INTERESSE DA UNIÃO. INTELIGÊNCIA DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. O acórdão recorrido abordou, de forma fundamentada, todos os pontos essenciais para o deslinde da controvérsia, razão pela qual é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente.

2. No mérito, a controvérsia do presente recurso especial está limitada à discussão, com base na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a competência para o julgamento de demandas referentes à existência de obstáculo à obtenção do diploma após a conclusão de curso de ensino a distância, por causa da ausência/obstáculo de credenciamento da instituição de ensino superior pelo Ministério da Educação.

3. Nos termos da jurisprudência já firmada pela 1ª Seção deste Sodalício, em se tratando da competência para processar e julgar demandas que envolvam instituições de ensino superior particular, é possível extrair as seguintes orientações, quais sejam: (a) caso a demanda verse sobre questões privadas relacionadas ao contrato de prestação de serviços firmado entre a instituição de ensino superior e o aluno, tais como, por exemplo, inadimplemento de mensalidade, cobrança de taxas, desde que não se trate de mandado de segurança, a competência, via de regra, é da Justiça Estadual; e, (b) ao revés, sendo mandado de segurança ou referindo-se ao registro de diploma perante o órgão público competente - ou mesmo credenciamento da entidade perante o Ministério da Educação (MEC) - não há como negar a existência de interesse da União Federal no presente feito, razão pela qual, nos termos do art. 109 da Constituição Federal, a competência para processamento do feito será da Justiça Federal. Precedentes.

4. Essa conclusão também se aplica aos casos de ensino à distância, em que não é possível a expedição de diploma ao estudante em face da ausência de credenciamento da instituição junto ao MEC. Isso porque, nos termos dos arts. 9º e 80, § 1º, ambas da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o credenciamento pela União é condição indispensável para a oferta de programas de educação à distância por instituições especificamente habilitadas para tanto.

5. Destaca-se, ainda, que a própria União - por intermédio de seu Ministério da Educação (MEC) - editou o Decreto 5.622, em 19 de dezembro de 2005, o qual regulamentou as condições de credenciamento, dos cursos de educação à distância, cuja fiscalização fica a cargo da recém criada Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do referido órgão ministerial.

6. Com base nestas considerações, em se tratando de demanda em que se discute a ausência/obstáculo de credenciamento da instituição de ensino superior pelo Ministério da Educação como condição de expedição de diploma aos estudantes, é negável a presença de interesse jurídico da União, razão pela qual deve a competência ser atribuída à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, dentre outros precedentes desta Corte, a conclusão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do RE 698440 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012.

7. Portanto, CONHEÇO DO RECURSO ESPECIAL interposto pelo ESTADO DO PARANÁ e CONHEÇO PARCIALMENTE do RECURSO ESPECIAL interposto pela parte particular para, na parte conhecida, DAR PROVIMENTO a ambas as insurgências a fim de reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda. Prejudicada a análise das demais questões. Recursos sujeitos ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1344771/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2013, REPDJe 29/08/2013, DJe 02/08/2013)

O mesmo entendimento foi reafirmado em julgamento de conflito de competência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. FACULDADE DE VIZINHANÇA DO VALE DO IGUAÇU. VIZIVALI. UNIÃO. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA. REGISTRO DOS DIPLOMAS. INDENIZAÇÃO. PROFESSORES COM VÍNCULO FORMAL PERANTE INSTITUIÇÃO PÚBLICA OU PRIVADA. CASO CONCRETO. PEDIDO DE ENTREGA OU REGISTRO DE DIPLOMA. AUSÊNCIA. EXCLUSÃO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A 1ª Seção desta Corte, em recente julgamento (08.11.2017), julgou o Tema Repetitivo n. 928, nos Recursos Especiais Repetitivos ns. 1.487.139/PR e 1.487.719/PR, da relatoria do Ministro Og Fernandes, reconhecendo: (i) que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados; e (ii) que a União e o Estado do Paraná são responsáveis, civil e administrativamente, e de forma solidária, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

III - A presente demanda foi proposta em face da Faculdade de Vizinhança do Vale do Iguaçu - VIZIVALI e IESDE Brasil S/A, perante o Juízo da Vara da Comarca de Cambé/PR e, em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná declinou da competência para processar e julgar o recurso, porquanto haveria interesse da União.

IV - O Juízo Federal declarou-se incompetente para o julgamento do feito e suscitou o presente conflito, uma vez que além de a ré constituir pessoa jurídica de direito privado, não há pedido formulado contra a União, autarquia ou empresa pública Federal e sequer há a indicação de ato de autoridade que atue mediante autorização ou delegação federal. Por fim, expõe que a União manifestou-se de modo a informar que inexistia interesse no feito.

V - Ação de indenização por danos morais devido a não entrega do diploma do Curso de Capacitação de Docentes dos Anos Iniciais ao Ensino Fundamental e da Educação Infantil; portanto, a falta da expedição do diploma é causa de pedir. Ausência de interesse jurídico da União a ensejar a competência da Justiça Federal, porquanto o pedido se limitaria a esfera privada entre aluno e instituição de ensino.

VI - Conflito de Competência reconhecido, para para declarar competente o Juízo suscitado - o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

VII - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VIII - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art.

1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

IX - Agravo Interno improvido.

O Supremo Tribunal Federal, igualmente, tem entendimento no sentido de que “os atos praticados ou omitidos no âmbito do Sistema Federal de Ensino devem ser avaliados pela Justiça Federal, independentemente da pretensão que, em cada demanda, os contenha como causa de pedir” (RE 1026887 AgR / PR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe-232 DIVULG 09-10-2017 PUBLIC 10-10-2017).

Nesse viés, e seguindo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, este E. Tribunal Regional Federal, já decidiu em anteriores oportunidades:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. VALIDADE DE DIPLOMA. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. A despeito da declaração de ausência de interesse da União, constata-se, no contexto fático a envolver a demanda, a atuação de órgão federal de regulação e supervisão do ensino superior; além de procedimentos administrativos de apuração de irregularidades.

2. Caso o pedido se limitasse à indenização por danos morais, decorrente da não obtenção do diploma, poder-se-ia cogitar da exclusão de interesse da União, dado que, nesta hipótese, a lide estaria restrita à matéria consumerista e contratual. Todavia, vez que o pedido de registro de diploma não se fundamenta em direito privado, entre aluno e instituição de ensino, mas administrativo, envolvendo a fiscalização do ensino superior, justifica-se o reconhecimento da competência da Justiça Federal.

3. No caso, o cancelamento de diplomas não ocorreu por ação unilateral da agravante, mas em decorrência de protocolo de compromisso firmado entre União e Universidade Nova Iguaçu, com participação do Ministério Público Federal, conforme explicitado no item c da Informação 26/2019/CGSO-TÉCNICOS/DISUP/SERES-MEC. Mesmo que tenha ocorrido falha da agravante em identificar irregularidades que levaram ao cancelamento do diploma, o que importaria, em tese, na revisão do ato, ainda assim estaria mantida a competência federal, uma vez que a controvérsia continuaria intimamente vinculada a atos realizados por seus órgãos.

4. Havendo, portanto, participação de órgão federal de fiscalização do ensino superior na determinação do cancelamento de diplomas, conclui-se pela competência absoluta da Justiça Federal para o processamento e julgamento do caso. Mesmo que a agravada não tenha direcionado o pedido à União, os elementos expostos indicam a presença de seu interesse jurídico na lide.

5. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029490-93.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 24/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/07/2020)

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGISTRO DE DIPLOMA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

O Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial representativo de controvérsia (REsp 1344771/PR) pacificou entendimento de que a União possui interesse, competindo à Justiça Federal o julgamento quando a lide verse sobre o registro de diploma ou quando se tratar de mandado de segurança, nos termos do artigo 109, I da CF (CC 131.532/PR, AgRg no CC 130.370/PR, CC 167.694-SP)

Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028497-50.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 19/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/06/2020)

Desse modo, reconhecendo a existência de interesse da União e a competência da Justiça Federal, voto por não dar por prejudicada a remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ENSINO SUPERIOR. DIPLOMA DE GRADUAÇÃO CANCELADO. FALC. UNIG. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. REMESSA NECESSÁRIA PREJUDICADA.

1. Observa-se que a demandante, ora recorrente, obteve diploma de graduação no Curso de Pedagogia perante a Faculdade da Aldeia de Carapicuíba – FALC, cujo registro foi realizado pela Universidade de Iguaçu – UNIG, e posteriormente cancelado.

2. Em que pese o entendimento adotado anteriormente por este Relator, verifica-se que o assunto foi recentemente definido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do conflito de competência nº 171.870/SP.

3. De rigor o reconhecimento da incompetência material da Justiça Federal, anulando a sentença prolatada, de modo que o processo originário deve ser remetido à Justiça Estadual.

4. Remessa necessária prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por maioria, de ofício, reconheceu a incompetência material da Justiça Federal, anulando a sentença prolatada, e determinou a remessa dos autos originários à Justiça Estadual e julgou PREJUDICADA a remessa necessária, nos termos do voto do Relator, vencida a Juíza Federal Convocada Denise Avekar que reconhecia a existência de interesse da União e a competência da Justiça Federal e votava por não dar por prejudicada a remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023228-30.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: CIN PREMO S/A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANA CRISTINA CASANOVA CAVALLO - SP125734-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023228-30.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: CIN PREMO S/A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANA CRISTINA CASANOVA CAVALLO - SP125734-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face de acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PRESCRIÇÃO – ART. 174, CTN – TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – PARCELAMENTO – INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL – RECURSO IMPROVIDO.

1. A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, tem como escopo a defesa atinente à matéria de ordem pública, tais como a ausência das condições da ação e dos pressupostos de desenvolvimento válido do processo, desde que comprovadas de plano, mediante prova pré-constituída.

2. A nulidade formal e material da certidão de dívida ativa é matéria que o juiz pode conhecer de plano, sem necessidade de garantia da execução ou interposição dos embargos, sendo à exceção de pré-executividade via apropriada para tanto. Nesse sentido a Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória."

3. Trata-se de tributo sujeito à lançamento por homologação, cuja constituição do crédito se dá com a entrega da DCTF. Constituído o crédito tributário, e não pago, torna-se perfeitamente exigível a partir da data do vencimento. Aplica-se, então, o previsto no art. 174, caput, CTN, ou seja, inicia-se a contagem do prazo prescricional.

4. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a prescrição deve ser contada a partir do momento que o crédito torna exigível, seja pela data do vencimento, seja pela data da entrega da declaração, o que ocorrer posteriormente.

5. Os tributos cobrados tiveram vencimentos em: 10/11/1996 e 10/12/1996 (Id 90280990), não constando dos autos a data da entrega da declaração.

6. O termo final, por sua vez, será a data da citação, conforme disposto no art. 174, parágrafo único, I, CTN, na redação anterior da vigência da LC 118/2005, porquanto interposta a execução em 28/01/2002, retroagindo à data do ajuizamento, consoante REsp nº 1.120.295, julgado pela sistemática dos recursos repetitivos.

7. Verifica-se a existência de parcelamento do crédito executado: no REFIS (entre 11/2/2000 e 1/1/2002) e no PAES (entre 4/7/2003 e 1/7/2016).

8. Cediço que, a teor do disposto no art. 174, parágrafo único, IV, Código Tributário Nacional, a prescrição se interrompe por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. O parcelamento constitui um ato inequívoco do devedor, que reconhece o débito. Uma vez interrompido, o prazo prescricional se reinicia com a exclusão do parcelamento.

9. Inocorreu a prescrição, prevista no art. 174, CTN, posto que não decorrido prazo superior a cinco anos entre a constituição do crédito (ainda que considerada a data do vencimento 10/11/1996) e a adesão ao parcelamento (11/12/2000) e, tampouco entre sua exclusão (1/1/2002) e a propositura da execução fiscal (28/01/2002).

10. Agravo de instrumento improvido.

Alega a embargante CIN PREMO S/A que o acórdão é omissão, visto que não considerou que os supostos créditos tributários foram constituídos anteriores a alteração sofrida pela LC 118/05, devendo, portanto, a prescrição ser contada na forma da redação antiga do artigo 174 do Código Tributário Nacional.

Destaca que: a execução fiscal foi distribuída em 28/01/2002, sua citação ocorreu em 31/01/2018 e a constituição dos supostos créditos tributários consubstanciados na CDA ocorreu em 1998. Desta forma, concluiu que a prescrição é interrompida com a citação válida do Executado, conforme art. 240, CPC c/c o inciso I do § 1º do art. 174, CTN, de modo que prescrito o crédito em cobro.

Requeru o acolhimento dos aclaratórios.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023228-30.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: CIN PREMO S/A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANA CRISTINA CASANOVA CAVALLO - SP125734-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, cumpre ressaltar a tempestividade dos presentes embargos de declaração.

Quanto ao mérito, padece de razão a embargante, posto que o acórdão embargado expressamente apreciou o art. 174, CTN com redação anterior à Lei Complementar 118/2005.

Confira-se:

O termo final, por sua vez, será a data da citação, conforme disposto no art. 174, parágrafo único, I, CTN, na redação anterior da vigência da LC 118/2005, porquanto interposta a execução em 28/01/2002, retroagindo à data do ajuizamento, consoante REsp nº 1.120.295, julgado pela sistemática dos recursos repetitivos. (grifos)

Destarte, o acórdão recorrido não só apreciou o alegado art. 174, CTN, com redação anterior à LC 118/05, como também aplicou ao caso concreto a decisão consolidada através da sistemática dos recursos repetitivos, pelo Superior Tribunal de Justiça, no **REsp nº 1.120.295**.

Ainda, importante registrar que, na hipótese, o crédito foi incluído no REFIS (entre 11/2/2000 e 1/1/2002) e no PAES (entre 4/7/2003 e 1/7/2016), de modo a interromper a prescrição, consoante disposto no art. 174, IV, CTN. Reitera-se que o parcelamento constitui um ato inequívoco do devedor, que reconhece o débito. Uma vez interrompido, o prazo prescricional se reinicia com a exclusão do parcelamento.

Inexiste qualquer vício que justifique o acolhimento dos aclaratórios.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – ART. 174, CTN – REDAÇÃO ANTERIOR A LC 118/05 – QUESTÃO APRECIADA – RECURSO REPETITIVO – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA - PARCELAMENTO – EMBARGOS REJEITADOS.

1. O acórdão embargado expressamente apreciou o art. 174, CTN com redação anterior à Lei Complementar 118/2005. Confira-se: **“O termo final, por sua vez, será a data da citação, conforme disposto no art. 174, parágrafo único, I, CTN, na redação anterior da vigência da LC 118/2005, porquanto interposta a execução em 28/01/2002, retroagindo à data do ajuizamento, consoante REsp nº 1.120.295, julgado pela sistemática dos recursos repetitivos.”**

2. O acórdão recorrido não só apreciou o alegado art. 174, CTN, com redação anterior à LC 118/05, como também aplicou ao caso concreto a decisão consolidada através da sistemática dos recursos repetitivos, pelo Superior Tribunal de Justiça, no **REsp nº 1.120.295**.

3. Na hipótese, o crédito foi incluído no REFIS (entre 11/2/2000 e 1/1/2002) e no PAES (entre 4/7/2003 e 1/7/2016), de modo a interromper a prescrição, consoante disposto no art. 174, IV, CTN. Reitera-se que o parcelamento constitui um ato inequívoco do devedor, que reconhece o débito. Uma vez interrompido, o prazo prescricional se reinicia com a exclusão do parcelamento.

4. Inexiste qualquer vício que justifique o acolhimento dos aclaratórios.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002508-04.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: ANDERSON KUNIMURA

Advogados do(a) APELANTE: RENATO DOS REIS GREGHI - SP271988-A, JOSE EDUARDO PINHEIRO DONEGA - SP303198-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREASP

Advogado do(a) APELADO: HUMBERTO MARQUES DE JESUS - SP182194-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002508-04.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: ANDERSON KUNIMURA

Advogados do(a) APELANTE: RENATO DOS REIS GREGHI - SP271988-A, JOSE EDUARDO PINHEIRO DONEGA - SP303198-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA SP

Advogado do(a) APELADO: HUMBERTO MARQUES DE JESUS - SP182194-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por **ANDERSON KUNIMURA**, em face do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo – CREA/SP, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes, com a inexigibilidade das mensalidades vencidas e vincendas, bem como o cancelamento do seu registro junto ao Conselho. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 1.181,78 (um mil, cento e oitenta e um reais e setenta e oito centavos).

Narra o autor que, em janeiro de 2016, protocolou pedido de cancelamento do registro no CREA/SP, por não mais executar atividade relacionada à área de engenharia, sendo o pedido indeferido sob o fundamento de que seu cargo exige conhecimentos técnicos de engenharia. Alega que exerce a função de Coordenador de Planejamento de Produtos, que não envolve atividades relacionadas à área de engenharia. (ID 97150199)

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (ID nº 97150207).

O autor apresentou embargos de declaração (ID nº 97150210), os quais foram rejeitados (ID nº 97150220)

O depósito integral do débito foi realizado e acolhido, motivo pelo qual foi deferida a suspensão da exigibilidade do debatido débito. Também, foi determinado às partes especificar as provas que pretendessem produzir, justificando-as (ID nº 97150224)

O autor se manifestou, reportando-se a petição anterior de fl.25.

Contestação apresentada pelo CREA-SP. (ID 97150213)

O MM. Juiz *quo* julgou improcedente o pedido, considerando que o autor desenvolve função que exige conhecimentos técnicos de engenharia, relativamente à área de produção, conforme assentado pela Câmara de Recursos do CREA/SP, enquadrando-se nas atividades 01, 02, 03 e 07 da Resolução nº 218/73 do CONFEA. Condenou o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa atualizado, nos termos do art. 85, §3º, I e §4º, III, do Código de Processo Civil.

Irresignado, apelou o autor arguindo, *preliminarmente*, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa por ausência de designação de audiência de instrução e, *no mérito*, sustentou que o art. 3º, da Res. nº 1.007, de 05 de dezembro de 2003 do CONFEA permite ao profissional que não pretende exercer a profissão, interromper o registro. Afirmou que não se enquadra em nenhuma das atividades previstas no artigo 7º, da Lei nº 5.194/66, pois exerce atividade de coordenação, planejamento, viabilidade econômica das tecnologias, função que pode ser exercida por profissionais de outras áreas, sem conhecimento na área de engenharia, diante da desnecessidade de qualquer projeto técnico.

Com contrarrazões, os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002508-04.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: ANDERSON KUNIMURA

Advogados do(a) APELANTE: RENATO DOS REIS GREGHI - SP271988-A, JOSE EDUARDO PINHEIRO DONEGA - SP303198-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA SP

Advogado do(a) APELADO: HUMBERTO MARQUES DE JESUS - SP182194-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de apelação em ação declaratória em que o autor argui, *preliminarmente*, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e, *no mérito*, objetiva a interrupção do registro, com a inexigibilidade das mensalidades vencidas e vincendas, sob a justificativa de que foi contratado na função de Coordenador de Planejamento de Produtos, que não envolve atividades relacionadas à área de engenharia.

Inicialmente, quanto à alegação de cerceamento de defesa em virtude do indeferimento da produção de prova pericial, tal não se verifica. É função do julgador analisar e ponderar sobre a necessidade e relevância de determinada prova, evitando as diligências inúteis ao processo, conforme a dispõe o artigo 370 do Código de Processo Civil:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

O arcabouço probatório colacionado aos autos é suficiente para análise dos fatos apresentados para julgamento, já que o se perquire é se a atividade e qualificação da função que o autor exerce se enquadra como necessária ao registro no conselho. Deste modo, desnecessária a prova testemunhal para a análise dos fatos apresentados para julgamento, afigurando-se, inclusive, contraproducente.

O autor sustenta que, em setembro de 2011, foi contratado na função de Coordenador de Planejamento de Produtos, em atividades não relacionadas a área de engenharia e, portanto, em janeiro de 2016, apresentou requerimento de baixa de seu registro profissional – BRP, o que foi indeferido sob o fundamento de que sua atividade atual requer conhecimentos de técnicas de engenharia, em especial na área de produção.

O artigo 7º da Lei nº 5.194/66 que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro-agrônomo prescreve que:

Art. 7º As atividades e atribuições profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro-agrônomo consistem em:

- a) desempenho de cargos, funções e comissões em entidades estatais, paraestatais, autárquicas, de economia mista e privada;*
- b) planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária;*
- c) estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica;*
- d) ensino, pesquisas, experimentação e ensaios;*
- e) fiscalização de obras e serviços técnicos;*
- f) direção de obras e serviços técnicos;*
- g) execução de obras e serviços técnicos;*
- h) produção técnica especializada, industrial ou agro-pecuária.*

Parágrafo único. Os engenheiros, arquitetos e engenheiros-agrônomo poderão exercer qualquer outra atividade que, por sua natureza, se inclua no âmbito de suas profissões.

E prossegue no artigo 8º:

Art. 8º. Os Conselhos Federal e Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, autarquias dotadas de personalidade jurídica de direito público, constituem serviço público federal, gozando os seus bens, rendas e serviços de imunidade tributária total (art. 31, inciso V, alínea a da Constituição Federal) e franquia postal e telegráfica.

Desta forma, a pessoa física ou jurídica que pretender exercer atividades profissionais abrangidas pela Lei supra deve promover seu registro no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia.

O critério de obrigatoriedade de registro no Conselho Profissional é determinado pela atividade básica realizado na empresa ou pela natureza dos serviços prestados. A Lei nº 6.839/80, ao regulamentar a matéria, dispôs em seu art. 1º que a inscrição deve levar em consideração a atividade básica ou em relação àquela pela qual as empresas e os profissionais prestem serviços a terceiros.

No caso em exame, a empregadora do autor é a General Motors do Brasil Ltda., empresa do ramo de fabricação de veículos automotores rodoviários, como automóveis, camionetas, e utilitários, caminhões, ônibus micro-ônibus, cavalos mecânicos e fabricação de peças e acessórios para veículos automotores rodoviários. A empresa afirma que o apelante é "responsável pela definição e coordenação da estratégia das futuras tecnologias e funcionalidades multimídia a serem aplicadas ao portfólio de veículos da América do Sul. Observando as grandes tendências e necessidades regionais dos consumidores para assegurar e garantir o comprimento dos pilares da marca, êxito e viabilidade econômica das tecnologias em cada veículo." (ID nº 97150200)

A Resolução nº 218/73 do CONFEA estabelece no artigo 1º que: "Para efeito de fiscalização do exercício profissional correspondente às diferentes modalidades da Engenharia, Arquitetura e Agronomia em nível superior e em nível médio, ficam designadas as seguintes atividades: Atividade 01 - Supervisão, coordenação e orientação técnica; Atividade 02 - Estudo, planejamento, projeto e especificação; Atividade 03 - Estudo de viabilidade técnico-econômica; Atividade 04 - Assistência, assessoria e consultoria; Atividade 05 - Direção de obra e serviço técnico; Atividade 06 - Vistoria, perícia, avaliação, arbitramento, laudo e parecer técnico; Atividade 07 - Desempenho de cargo e função técnica; Atividade 08 - Ensino, pesquisa, análise, experimentação, ensaio e divulgação técnica; extensão; Atividade 09 - Elaboração de orçamento; Atividade 10 - Padronização, mensuração e controle de qualidade; Atividade 11 - Execução de obra e serviço técnico; Atividade 12 - Fiscalização de obra e serviço técnico; Atividade 13 - Produção técnica e especializada; Atividade 14 - Condução de trabalho técnico; Atividade 15 - Condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção; Atividade 16 - Execução de instalação, montagem e reparo; Atividade 17 - Operação e manutenção de equipamento e instalação; Atividade 18 - Execução de desenho técnico."

Conforme se observa, resta evidente que o apelante executa atividades típicas da área de engenharia, notadamente em várias vertentes da Resolução (atividades 01, 02, 03 e 07), como bem analisou o MM. Juiz *a quo*, revelando que a sua atividade básica deve se sujeitar ao registro no Conselho.

Desta forma, a sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CREA/SP. COORDENADOR DE PLANEJAMENTO DE PRODUTOS. ATIVIDADES RELACIONADAS A ÁREA DE ENGENHARIA - RESOLUÇÃO Nº 218/73 DO CONFEA. REGISTRO. CABIMENTO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Quanto à alegação preliminar de cerceamento de defesa em virtude do indeferimento da produção de prova pericial, tal não ocorreu. É função do julgador analisar e ponderar sobre a necessidade e relevância de determinada prova, evitando as diligências inúteis ao processo, conforme a dispõe o artigo 370 do Código de Processo Civil.
2. O arcabouço probatório colacionado aos autos é suficiente para análise dos fatos apresentados para julgamento, já que o se perquire é a atividade e qualificação da função que o autor exerce se enquadra como necessária ao registro no conselho. Deste modo, despicienda a prova testemunhal para a análise dos fatos apresentados para julgamento, afigurando-se, inclusive, contraproducente.
3. O autor sustenta que, em setembro de 2011, foi contratado na função de Coordenador de Planejamento de Produtos, em atividades não relacionadas a área de engenharia e, portanto, em janeiro de 2016, apresentou requerimento de baixa de seu registro profissional – BRP, o que foi indeferido, sob o fundamento de que sua atividade atual requer conhecimentos de técnicas de engenharia, em especial na área de produção.
4. A pessoa física ou jurídica que pretender exercer atividades profissionais abrangidas pela Lei supra deve promover seu registro no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia.
5. O critério de obrigatoriedade de registro no Conselho Profissional é determinado pela atividade básica realizado na empresa ou pela natureza dos serviços prestados. A Lei nº 6.839/80, ao regulamentar a matéria, dispôs em seu art. 1º que a inscrição deve levar em consideração a atividade básica ou em relação àquela pela qual as empresas e os profissionais prestem serviços a terceiros.
6. O autor é responsável pela definição e coordenação da estratégia das futuras tecnologias e funcionalidades multimídia a serem aplicadas ao portfólio de veículos da América do Sul.
7. Conforme se observa, resta evidente que o apelante executa atividades típicas da área de engenharia, notadamente em várias vertentes da Resolução (atividades 01, 02, 03 e 07), como bem analisou o MM. Juiz *a quo*, revelando que a sua atividade básica deve se sujeitar ao registro no Conselho.
8. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar e, no mérito, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012983-75.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

APELADO: AUTO POSTO SAO MARCOS SUMARE LTDA, AUTO POSTO SAO MARCOS SUMARE LTDA - MASSA FALIDA

Advogado do(a) APELADO: ROLFF MILANI DE CARVALHO - SP84441-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012983-75.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

APELADO: AUTO POSTO SAO MARCOS SUMARE LTDA, AUTO POSTO SAO MARCOS SUMARE LTDA - MASSA FALIDA

Advogado do(a) APELADO: ROLFF MILANI DE CARVALHO - SP84441-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**, em face da sentença proferida nos autos dos embargos à execução fiscal, ajuizados por **Auto Posto São Marcos Sumaré Ltda. - Massa Falida**.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou procedentes os embargos à execução fiscal, para o fim de declarar a inexigibilidade da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA no período em cobrança e desconstituir a CDA nº 144320, que instrui os autos de execução fiscal nº 5004574-81.2017.4.03.6105. O embargado foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da execução fiscal, devidamente atualizado.

Irresignado, o apelante sustenta, em síntese que:

- a) a mera decretação de falência não implica no automático reconhecimento da completa inatividade da empresa;
- b) a apelada não comprovou cabalmente o encerramento de suas atividades anteriormente à data da incidência das taxações impugnadas;
- c) foi a embargante quem deu causa ao ajuizamento da execução fiscal, pois não comunicou o encerramento das suas atividades aos órgãos públicos competentes. Assim, devem ser invertidos os ônus sucumbenciais.

Com contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012983-75.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

APELADO: AUTO POSTO SAO MARCOS SUMARE LTDA, AUTO POSTO SAO MARCOS SUMARE LTDA - MASSA FALIDA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de embargos à execução fiscal, opostos no intuito de afastar a cobrança da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA referente aos exercícios de 2006 a 2008 (CDA e extrato de débitos, ID de n.º 139112485, páginas 07-09).

Conquanto o Supremo Tribunal Federal já tenha declarado a legitimidade da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA, no julgamento do RE 416.601, tem-se que o fato gerador da TCFA é o efetivo exercício de atividade potencialmente poluidora ou utilizadora de recursos ambientais.

Dessa forma, o encerramento das atividades da empresa faz desaparecer o fato gerador da obrigação tributária.

No caso dos autos, restou demonstrado que a embargante teve a sua falência decretada em 18/02/2004 (Certidão de ID de n.º 139112483, página 01), com registro efetuado na Junta Comercial do Estado de São Paulo efetuado em 16/05/2005 (Ficha Cadastral Completa da Junta Comercial do Estado de São Paulo de ID de n.º n.º 139112483, páginas 02-04).

Assim, a cobrança é indevida, pois a embargante encerrou suas atividades em momento anterior a cobrança da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA.

Nesse sentido, já decidiu esta Terceira Turma. Veja-se:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TCFA. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. CONSTITUCIONALIDADE. FATO GERADOR. EMPRESA INATIVIDADE. INEXIGIBILIDADE. PROVIMENTO DA APELAÇÃO. 1. Consolidada pela Suprema Corte a jurisprudência no sentido da constitucionalidade da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA, nos termos da Lei 10.165/2000. 2. Embora constitucional, não é exigível a cobrança da TCFA em relação à empresa em inatividade que, por não realizar a atividade econômica potencialmente lesiva ao meio ambiental, a que atrelado o poder de polícia pelo IBAMA, não suscita a materialidade do fato gerador respectivo. 3. No caso, existe documentação fiscal de inatividade, tendo sido ofertada declaração simplificada de pessoa jurídica inativa entre 2008/2011 e, em 2007, a declaração não indicou qualquer receita ou faturamento no período -base. O IBAMA, em informação nos autos, registrou ter sido efetuada a baixa do CNPJ da embargante junto à Fazenda Estadual, dentro do sistema SINTEGRA/ICMS, em 30/06/2007. Embora não conste a prova de idêntica medida junto ao próprio órgão, inconteste a situação fático-jurídica capaz de impedir a constatação do fato gerador no período abrangido pela execução fiscal. 4. A falta de comunicação do encerramento de atividade, ainda que possa eventualmente resultar em violação de obrigação tributária acessória, não gera a obrigação tributária principal, quando esta tenha como materialidade e fato gerador o próprio exercício de atividade econômica sujeita ao poder de polícia, afeto, no caso, ao IBAMA, por se tratar de atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente. 5. Apelação provida. (TRF-3, Terceira Turma, AC 00409403620154039999, Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/01/2016).

Neste contexto, pela prova juntada aos autos, verifica-se que a embargante não exerce atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais desde 2004, não tendo o embargado, ora apelante, demonstrado que efetivamente apurou a ocorrência de tais atividades no período de 2006 a 2008.

Por fim, considerando que a falência da executada foi devidamente averbada na Junta Comercial, dando publicidade ao fato, e, tendo a embargante que constituir advogado para se defender, não há se falar em inversão dos ônus sucumbenciais.

Desse modo, deve ser mantida a sentença.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL - TCFA. CONSTITUCIONALIDADE. FATO GERADOR. EMPRESA INATIVA. INEXIGIBILIDADE DA COBRANÇA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. Trata-se de embargos à execução fiscal, opostos no intuito de afastar a cobrança da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA referente aos exercícios de 2006 a 2008 (CDA e extrato de débitos, ID de n.º 139112485, páginas 07-09).

2. Conquanto o Supremo Tribunal Federal já tenha declarado a legitimidade da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA, no julgamento do RE 416.601, tem-se que o fato gerador da TCFA é o efetivo exercício de atividade potencialmente poluidora ou utilizadora de recursos ambientais. Dessa forma, o encerramento das atividades da empresa faz desaparecer o fato gerador da obrigação tributária. No caso dos autos, restou demonstrado que a embargante teve a sua fálência decretada em 18/02/2004 (Certidão de ID de n.º 139112483, página 01), com registro efetuado na Junta Comercial do Estado de São Paulo efetuado em 16/05/2005 (Ficha Cadastral Completa da Junta Comercial do Estado de São Paulo de ID de n.º n.º 139112483, páginas 02-04). Assim, a cobrança é indevida, pois a embargante encerrou as suas atividades em momento anterior a cobrança da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA (precedente da Terceira Turma deste Tribunal).

3. Neste contexto, pela prova juntada aos autos, verifica-se que a embargante não exerce atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais desde 2004, não tendo o embargado, ora apelante, demonstrado que efetivamente apurou a ocorrência de tais atividades no período de 2006 a 2008.

4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003243-79.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MOREIRA CARVALHAES AUTO PECAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCELO BRINGEL VIDAL - SP142362-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003243-79.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MOREIRA CARVALHAES AUTO PECAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCELO BRINGEL VIDAL - SP142362-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União** em face da sentença que julgou procedente o pedido para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e reconhecer o direito à compensação e/ou restituição, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal.

Em suas razões, a apelante alega, preliminarmente, não ser o caso de dispensa de remessa oficial, já que o RE n.º 574.706 pende de análise. Requer, o sobrestamento do feito, e, no mérito sustenta, em síntese, que:

- a) é constitucional a inclusão do ICMS na base de Cálculo do Pis e da Cofins, já que o ICMS integra o faturamento, tal como definido em lei;
- b) o acórdão paradigma do STF não observou a edição da Lei n.º 12.973/2014;
- c) a compensação deve observar o contido no art. 74 da Lei n.º 9.430/96 com a redação dada pela Lei n.º 10.637/2002, a alteração promovida pela Lei n.º 13.670/2018 e o art. 170-A do CTN.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003243-79.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MOREIRA CARVALHAES AUTO PECAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCELO BRINGEL VIDAL - SP142362-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Anote-se, ainda, que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, em apreço, por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR), consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

Ainda, conforme o art. 1.030, I, 'a', do Código de Processo Civil, o Vice-Presidente deverá negar seguimento "a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral".

Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, tal análise dá-se com a publicação do acórdão paradigma, *verbis*:

"A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma." (STF, ARE 977.190 AgR/MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento: 09/11/2016);

e

"A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma" (STF, RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgamento: 21/8/2017).

Corroborando o tema, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, *verbis*:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE" - SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral."

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Diante do exposto, resta, também insubsistente o pedido de reexame necessário.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou como seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS .

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS , não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS . 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS ."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS , confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS . O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins , porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJE-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS . COFINS . BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS . POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS .

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJE 07/04/2015)

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS . INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS .

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS , afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS .

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS . EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJE 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação e/ou restituição, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que a presente demanda foi ajuizada e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, no fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416.154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprido ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão da presente demanda ter sido ajuizada antes da entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, aplica-se a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. Ficando, destarte, afastada a observância do quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

Por último, cumpre observar que a restituição do indébito deve observar o contido no art. 100 da Constituição Federal.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...)) (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo *impplus* que se acrescenta ao crédito, mas *minus* que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPC A série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluír em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, apenas para determinar a observância dos arts. 74 da Lei n.º 9.430/96, com a redação dada pela Lei n.º 10.637/2002 e do 170-A do CTN, para efeito de compensação, nos termos *supra*.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.
2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
4. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação e/ou restituição.
6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.
7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.
8. Recurso de apelação provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, apenas para determinar a observância dos arts. 74 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002 e do 170-A do CTN, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015493-09.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SAO PAULO (CAU-SP)

AGRAVADO: FERNANDA PEREIRA OLIVEIRA DE MACEDO

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015493-09.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SAO PAULO (CAU-SP)

AGRAVADO: FERNANDA PEREIRA OLIVEIRA DE MACEDO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo de São Paulo, contra a r. decisão de ID 25222442 dos autos da execução fiscal nº 5004127-56.2017.4.03.6182, ajuizada em face de **Fernanda Pereira Oliveira de Macedo** e em trâmite perante o Juízo Federal da 5ª Vara de Execuções Fiscais Federal de São Paulo/SP, que indeferiu o pedido de pesquisa de veículos através do sistema RENAJUD.

Alega o agravante, em síntese, que:

a) a decisão agravada está em desacordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados, a fim de autorizar-se a penhora *online* (sistemas BACENJUD, RENAJUD ou INFOJUD);

b) os sistemas de pesquisas foram criados para facilitar e agilizar os procedimentos, tomando os processos de execução mais eficazes, atendendo, com isso, aos ditames constitucionais, principalmente o da razoável duração do processo.

Deixou-se de intimar a parte agravada, por não possuir procurador constituído nos autos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015493-09.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SAO PAULO (CAU-SP)

AGRAVADO: FERNANDA PEREIRA OLIVEIRA DE MACEDO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A decisão agravada indeferiu a pesquisa e bloqueio de veículos automotores em nome da parte executada por meio do sistema RENAJUD.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça havia se firmado no sentido de que as providências judiciais só teriam lugar quando impossível ao interessado tomá-las por si só e, além disso, depois de exauridas as diligências ao seu alcance. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. SIGILO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL. MEDIDA EXCEPCIONAL.

1. O STJ firmou entendimento de que a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado para que o exequente obtenha informações sobre a existência de bens do devedor inadimplente é admitida somente após terem sido esgotadas as tentativas de obtenção dos dados na via extrajudicial.

2. Agravo regimental provido.”

(AgRg no REsp 1135568/PE, Relator Ministro João Otávio de Noronha, STJ - Quarta Turma, DJE 28/05/2010)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA. EXCEPCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO”.

1. A expedição de ofício à Receita Federal, para fornecimento de informações, é providência admitida excepcionalmente, justificando-se tão somente quando demonstrado ter o credor esgotado todos os meios à sua disposição para encontrar bens passíveis de penhora, o que não ocorre no caso dos autos.

2. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 595612/DF, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, STJ - Quarta Turma, DJE 11/02/2008, p. 00001)

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que para a utilização dos sistemas de informação conveniados aos tribunais não há a necessidade de esgotamento de diligências. Há, inclusive, recomendação do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação nº 51, de 23/03/2015) para que as ferramentas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD sejam utilizadas para a determinação de constrição de bens.

Nesse sentido, vejamos os precedentes mais atuais sobre a temática:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE.

1. Com a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução para prestigiar a efetividade da Execução, de modo que a apreensão judicial de dinheiro, mediante o sistema eletrônico denominado Bacen-Jud, passou a ser medida primordial, independentemente da demonstração relativa à inexistência de outros bens.

2. Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos.

3. O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.184.765/PA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, processado sob o rito dos recursos repetitivos, firmou que “a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21/1/2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras”.

4. O STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacen-Jud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados.

Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17.8.2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

4. Recurso Especial provido.”

(REsp 1723898/ES, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 23/11/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMAS BACEN-JUD, RENAJUD OU INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização dos sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD não estaria condicionada ao esgotamento de diligências.

2. Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

3. Recurso especial a que se dá provimento.”

(REsp 1703669/RJ, Relator Ministro OG FERNANDES, STJ - Segunda Turma, DJe 26/02/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE.

1. Inicialmente, quanto à violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, verifica-se que a parte recorrente limitou-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca das questões apresentadas nos Embargos de Declaração, o fazendo de forma genérica, sem desenvolver argumentos para demonstrar especificamente a suposta mácula. Incidência da Súmula 284 do STF.

2. No mais, discute-se nos autos sobre a possibilidade de deferimento de consulta aos sistemas Infojud e Renajud antes do esgotamento das diligências por parte da exequente.

3. Com relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.184.765/PA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, processado sob o rito dos recursos repetitivos, firmou entendimento de que “[...] a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21/1/2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras”. O entendimento supramencionado tem sido estendido por esta Corte também à utilização dos sistemas Infojud e Renajud.

4. Recurso Especial parcialmente provido.”

(REsp 1695998/ES, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 19/12/2017) (grifei)

O entendimento é aplicado nas execuções cíveis, tanto mais deve ser aplicado nas execuções fiscais, que tratam de créditos públicos, fiscais ou extrafiscais. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONSULTA AO SISTEMA INFOJUD. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS A FIM DE LOCALIZAR BENS DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 535, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

2. A instância de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não emitiu juízo de valor sobre o art. 620 do CPC/1973 (princípio da menor onerosidade) e 185-A do CTN (cabimento da indisponibilidade dos bens).

3. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. O acórdão recorrido consignou: “A questão centra-se na insatisfação das agravantes ante a decisão monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento, mantendo a decisão agravada que deferiu a penhora “on line” pelo sistema BACEN-JUD. (...) Quanto ao bloqueio dos depósitos bancários, não restou comprovado a natureza salarial dos valores bloqueados, sendo certo que a matéria não comporta mais discussão, pois em Recurso Repetitivo (STJ REsp 1, 112.943-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, ocorrido em 15/09/2010), ficou sedimentado o entendimento da possibilidade da penhora “online” pelo sistema BACENJUD, sem a necessidade prévio exaurimento na busca de outros bens do executado, colacionando para tanto, julgados que perfilham este entendimento.” (fl. 614, e-STJ)

5. O Tribunal a quo está em consonância com o Superior Tribunal de Justiça que em precedente submetido ao rito do art. 543-C firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on-line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal. (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017).

6. Recurso Especial não conhecido.”

(REsp 1724422/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 22/05/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. INFOJUD. INEXISTÊNCIA DE NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS BUSCAS POR BENS DO DEVEDOR.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização do sistema INFOJUD não está condicionada ao esgotamento de diligências.

2. Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte.

3. Recurso Especial provido para permitir a utilização do sistema INFOJUD independentemente do esgotamento de diligências.”

(REsp 1667529/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 29/06/2017) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADA. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Não se configura a alegada ofensa ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. Cuida-se, na origem, de Agravo de Instrumento interposto pela Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, contra decisão que indeferiu pedido de consulta, por meio do sistema Infojud, de informações patrimoniais existentes em nome do executado.

3. O Tribunal a quo deu parcial provimento ao Agravo de Instrumento restringindo acesso apenas ao BacenJud.

4. Contudo, esclareça-se que esta “Corte, em precedentes submetidos ao rito do art. 543-C, firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal”. (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017) (grifo acrescentado).

5. Ademais, o STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacenjud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.667.420/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/6/2017; AgInt no REsp 1.619.080/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 19/4/2017; AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017; REsp 1.347.222/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 2/9/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/5/2015, e REsp 1.582.421/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016.

6. Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos.

7. Recurso Especial parcialmente provido.”

(REsp 1735675/PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 23/11/2018) (grifei)

A utilização dos sistemas INFOJUD, BACENJUD e RENAJUD, para localização do devedor e seus bens e determinação de constrição eletrônica de bens e ativos financeiros, é de grande valia, haja vista que as pesquisas são realizadas de forma célere, sendo possível a comunicação imediata de ordens judiciais, resultando em melhor prestação jurisdicional e real salvaguarda do direito do credor a receber o que lhe é devido.

Por fim, com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução para prestigiar o princípio da efetividade da execução, o que foi mantido pelo novo Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente às execuções fiscais, nas quais tal princípio tem uma relevância ainda maior.

Nesse contexto, merece reforma a decisão agravada, para o fim de determinar a pesquisa por meio do sistema RENAJUD, tendo em vista que a execução fiscal, segundo a documentação que consta dos autos, não se encontra garantida até o momento.

Além de tudo quanto pontuado, ressalte-se que a pesquisa por meio do sistema RENAJUD é realizada justamente para que possam ser encontrados bens passíveis de penhora, não havendo motivo para que se exija a indicação do veículo sobre qual deverá recair a constrição.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, nos termos supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PESQUISA E BLOQUEIO DE VEÍCULOS PELO SISTEMA RENAJUD. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO DE VEÍCULO ESPECÍFICO PARA CONSTRIÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Há recomendação do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação nº 51, de 23/03/2015) para que as ferramentas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD sejam utilizadas para a determinação de constrição de bens.

2. Merece reforma a decisão agravada, para o fim de determinar a pesquisa por meio do sistema RENAJUD, tendo em vista que a execução fiscal não se encontra garantida até o momento. Além de tudo quanto pontuado, ressalte-se que a pesquisa é justamente para que possam ser encontrados bens passíveis de penhora, não havendo motivo para que se exija a indicação do veículo sobre qual deverá recair a constrição.

3. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000143-63.2020.4.03.6116

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: TERESINHABREDA

Advogado do(a) APELANTE: MARCIA PIKEL GOMES - SP123177-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000143-63.2020.4.03.6116

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: TERESINHABREDA

Advogado do(a) APELANTE: MARCIA PIKEL GOMES - SP123177-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **TERESINHA BREDA** contra sentença proferida em autos de mandado de segurança, que extinguiu o feito nos termos do artigo 330, inciso III, c/c o artigo 485, inciso I, do CPC, por falta de interesse de agir, na vertente da inutilidade da tutela pretendida.

A impetrante narra na inicial que seu requerimento administrativo se encontra paralisado há mais de 9 (nove) meses, desde a interposição do recurso administrativo.

Inconformada, a recorrente sustenta, em síntese, que a impetração de mandado de segurança é cabível diante da demora na conclusão do procedimento administrativo, o que afronta o princípio constitucional da razoável duração do processo, bem como o disposto na Lei n. 9.784/1999. Postula a reforma da sentença a fim de que se determine à autoridade coatora que dê imediato andamento ao processo administrativo.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A D. Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento da apelação, como retorno dos autos ao primeiro grau para o prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000143-63.2020.4.03.6116

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: TERESINHA BREDA

Advogado do(a) APELANTE: MARCIA PIKEL GOMES - SP123177-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora que dê andamento a processo administrativo paralisado, referente à concessão de benefício previdenciário.

Há utilidade na prestação jurisdicional buscada nestes autos, sendo legítima a impugnação da demora na apreciação de requerimento pela Administração Pública.

Assim, presente o interesse processual, impõe-se a reforma da sentença fundada no art. 485 do CPC a fim de que se prossiga no exame do mérito da causa.

Contudo, inaplicável ao caso em apreço o disposto no artigo 1.013, § 3º, do CPC, nos termos do qual apenas se o processo estiver maduro o suficiente para julgamento é que o Tribunal poderá adentrar no mérito.

Conforme se verifica dos presentes autos, a autoridade coatora sequer foi intimada para apresentar as informações competentes.

Destarte, é de rigor a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau para que proceda com a análise do pedido formulado, afastando-se a ausência de interesse processual.

Por oportuno, trago a lume o seguinte aresto:

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. TEORIA DA CAUSA MADURA. INAPLICABILIDADE. 1. Não há necessidade de dilação probatória para se aferir a liquidez e certeza do direito invocado, o que autoriza a impetração do writ, não sendo o caso de indeferimento da inicial nos termos do artigo 10º da Lei nº 12.016/2009. 2. O artigo 1.013, §3º, do CPC permite que o tribunal, no julgamento do recurso interposto contra sentença fundada no artigo 485, inciso I, passe ao julgamento definitivo do mérito da demanda, estando a causa madura para julgamento. 3. **É inaplicável ao caso a teoria da causa madura, uma vez que a petição inicial do mandado de segurança foi indeferida, com a extinção do feito, sem resolução do mérito, antes da notificação da autoridade tida como coatora para prestar informações.** 4. Apelação parcialmente provida, com a remessa dos autos à Vara de origem para o regular processamento do feito.” (grifei)

(APELAÇÃO CÍVEL 5007896-69.2017.4.03.6183, DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSUAIA, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 21/08/2019)

Diante do exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para determinar a devolução dos autos à Vara de origem para o regular processamento do feito.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM EXAME DO MÉRITO AFASTADA. TEORIA DA CAUSA MADURA. INAPLICABILIDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida em autos de mandado de segurança, que extinguiu o feito nos termos do artigo 330, inciso III, c/c o artigo 485, inciso I, do CPC, por falta de interesse de agir, na vertente da inutilidade da tutela pretendida.
2. Há utilidade na prestação jurisdicional buscada nestes autos, sendo legítima a impugnação da demora na apreciação de requerimento pela Administração Pública. Assim, presente o interesse processual, impõe-se a reforma da sentença fundada no art. 485 do CPC a fim de que se prossiga no exame do mérito da causa.
3. Inaplicável ao caso em apreço o disposto no artigo 1.013, § 3º, do CPC, nos termos do qual apenas se o processo estiver maduro o suficiente para julgamento é que o Tribunal poderá adentrar no mérito.
4. Conforme se verifica dos presentes autos, a autoridade coatora sequer foi intimada para apresentar as informações competentes.
5. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, para determinar a devolução dos autos à Vara de origem para o regular processamento do feito., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025343-87.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

AGRAVADO: RIBAMAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025343-87.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

AGRAVADO: RIBAMAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO, inconformado com a r. decisão de ID 36095334 dos autos da execução fiscal nº 5001050-65.2017.4.03.6141, em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Federal de São Vicente/SP, que, analisando o requerimento de distinção apresentado pelo exequente, manteve a suspensão do feito até o julgamento dos recursos especiais representativos de controvérsia nº 1.645.333, 1.645.281 e 1.643.944.

Alega o agravante, em síntese, que o feito não poderia ser sobrestado, pois na hipótese dos autos os sócios figuravam tanto à época do fato gerador quanto da dissolução irregular, tratando-se de situação distinta daquela analisada nos representativos de controvérsia.

Deixou-se de intimar a parte agravada, por não possuir advogado constituído nos autos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025343-87.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

AGRAVADO: RIBAMAR INDUSTRIA E COMERCIO DE PESCADOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A questão dos autos não se amolda ao quanto discutido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1.377.019/SP (Tema 962), 1.645.333/SP, 1.643.944/SP e 1.645.281/SP (Tema 981), selecionados como representativos da controvérsia para fins de uniformização do entendimento.

Não se desconhece, também, que a Vice-Presidência deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos processos que originaram os três últimos recursos especiais antes citados, qualificando-os como representativos de controvérsia, determinou a suspensão, no âmbito regional, de todos os processos pendentes referentes à responsabilidade do sócio que ingressou nos quadros da empresa executada em época posterior ao vencimento dos débitos exequendos, mas que fazia parte do quadro gerencial quando do encerramento ilícito das atividades empresariais.

Registre-se que, no âmbito dos Recursos Especiais nº 1.645.333/SP, 1.643.944/SP e 1.645.281/SP, distribuídos por prevenção ao REsp nº 1.377.019/SP, a controvérsia foi delimitada da seguinte forma:

“Discute-se se será reconhecida a responsabilidade tributária na forma do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, para fins de redirecionamento da execução fiscal:

- (i) Apenas do sócio que exercia a gerência da empresa devedora à época do fato gerador;*
- (ii) Do sócio presente quando do encerramento irregular das atividades empresariais; ou*
- (iii) Somente do sócio que era administrador tanto à época do fato gerador como da dissolução irregular.”*

Como se vê, não há controvérsia teórica sobre a responsabilidade daquele sócio que figure concomitantemente no quadro social na época do fato gerador e da dissolução irregular.

No caso, segundo alegado pelo recorrente, os sócios contra quem se pleiteia o redirecionamento da execução fiscal exerciam a gerência da sociedade tanto à época do fato gerador quanto à data da ocorrência dos supostos indícios de dissolução irregular.

De tal sorte, não afetará a situação dos autos qualquer que seja o posicionamento tomado por aquela Corte Superior, razão pela qual nada impede a análise do pleito do exequente.

Contudo, não tendo a decisão agravada enfrentado o mérito do pedido de inclusão, não é possível ao Tribunal pronunciar-se a respeito, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, para determinar o prosseguimento da execução fiscal, com a apreciação do pedido de redirecionamento pelo Juízo de origem.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO NÃO ANALISADO. SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ O JULGAMENTO FINAL DE RECURSO REPETITIVO. DESCABIMENTO. IDENTIDADE DE CONTROVÉRSIA NÃO VERIFICADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os sócios contra quem se pleiteia o redirecionamento da execução fiscal, segundo o exequente, exerciam a gerência da sociedade tanto à época do fato gerador quanto à data da ocorrência dos supostos indícios de dissolução irregular.

2. Nesse cenário, não havendo identidade entre a hipótese dos autos e a matéria pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça, eventual decisão de mérito proferida nos Recursos Especiais nº 1.645.333/SP, 1.643.944/SP e 1.645.281/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, não afetaria a situação dos autos.

3. Não tendo a decisão agravada enfrentado o mérito do pedido de inclusão de sócio, não é possível ao Tribunal pronunciar-se a respeito, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

4. Agravo de instrumento parcialmente provido para determinar o prosseguimento da execução fiscal, com a apreciação do pedido de redirecionamento pelo Juízo de origem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento da execução fiscal, com a apreciação do pedido de redirecionamento pelo Juízo de origem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007584-83.1987.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

APELADO: RIVALDO LUIZ CAVALCANTE

Advogado do(a) APELADO: RUBENS CAVALCANTE NETO - SP225103-A

ATO ORDINATÓRIO

Fica(m) a(s) parte(s) ciente(s) da publicação do v acórdão ID nº 149876512.

São Paulo, **22 de dezembro de 2020**.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001524-78.2016.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NILCE DE CAMPOS FREITAS

Advogado do(a) APELANTE: RENATO COSTA QUEIROZ - SP153584-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001524-78.2016.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NILCE DE CAMPOS FREITAS

Advogado do(a) APELANTE: RENATO COSTA QUEIROZ - SP153584-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Declaratória de Inexistência de Débito Fiscal c.c Repetição de Indébito, ajuizada por NILSE DE CAMPOS FREITAS em face da UNIÃO FEDERAL. Segundo alega, no ano de 2010, ao final de execução de ação trabalhista, recebeu no processo nº 0097400-87.2005.5.15.0004 da 1ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto/SP, créditos trabalhistas, quando foi retido imposto de renda na fonte. Ocorre que, no ano de 2011 apresentou a sua declaração de ajuste anual, resultando em consequência valor restituível, porém a Secretaria da Receita Federal lhe notificou para apresentar uma série de documentos, o que foi atendido, porém recebeu, em 8/6/2013, a Notificação de Lançamento nº 2011/8210586763316347, informando que não tinha restituição a receber e sim débito de IR a pagar, consequentemente apresentou Impugnação à Notificação de Lançamento, mas não lhe foi restituído o valor do imposto a maior pago no ano-calendário 2010. Desta feita, requer o reconhecimento da inexistência de relação jurídico tributária relativa ao imposto de renda incidente sobre as verbas recebidas na ação trabalhista, bem como seja restituído a totalidade do Imposto de Renda que recaiu sobre as verbas da Reclamação Trabalhista. Por fim, requer a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita e a condenação da ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Atribuído à causa o valor R\$ 113.272,31 (cento e treze mil duzentos e setenta e dois reais e trinta e um centavos).

A tutela antecipada foi indeferida.

A União apresentou contestação, requerendo a improcedência da ação.

A sentença julgou improcedente o pedido, uma vez que a autora não teria se desincumbido do ônus probatório, remanescendo integralmente a presunção de veracidade que favorece o lançamento fiscal. Consequentemente, condenou a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa, cuja execução fica suspensa nos termos da assistência judiciária.

Apela a autora, pugnano pela reforma da sentença, arguindo preliminar de cerceamento de defesa, pois o Juiz ao entender que não havia a necessidade de produção de provas e julgar o processo no estado em que se encontrava, lhe cerceou o direito de defesa, impedido a produção de provas aos fatos articulados pela União em sua contestação. No mérito, alega que de plano comprovou que recebeu crédito em ação trabalhista, a qual decorreu de condenação ocorrida na ação nº 0097400-87.2005.5.15.0004 da 1ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto/SP, sendo que a certidão objeto e pé relativa a ação trabalhista apresentada pela ré em sua apelação, demonstra o recebimento e a retenção do imposto de renda e, além disso, apresentou a declaração de ajuste do imposto de renda, onde consta a retenção na fonte do IR; portanto, entende que cumpriu sua obrigação, juntando ao procedimento administrativo todos os documentos solicitados pela administração. Por outro lado, alega que tem direito a restituição do imposto de renda retido na ação trabalhista, que decorreu de condenação em razão de demissão.

A União apresentou contrarrazões, requerendo o não provimento do recurso.

Vieram os autos a esta Corte.

É o relatório

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO:

Cuida-se de apelação interposta por NILCE DE CAMPOS FREITAS contra sentença em que julgado improcedente o pedido, ao fundamento de que a autora não teria se desincumbido do ônus probatório, remanescendo integralmente a presunção de veracidade que favorece o lançamento fiscal.

A apelante, preliminarmente, alega a existência de cerceamento de defesa, já que o juiz de primeiro grau, após apresentação da contestação pela União, entendeu que não havia necessidade de produção de provas, julgando o processo no estado em que se encontrava. Ressalta que além de não oportunizada a produção de provas, não foi intimada a se manifestar da contestação apresentada. No mérito, repisa os argumentos já apresentados, sustentando que o lançamento tributário não subsiste e que ainda faz jus à repetição de valores de IRRF.

Consta dos autos que a parte autora, ora apelante, apresentou declaração retificadora de ajuste anual de IRPF no exercício de 2011, ano-calendário 2010, declarando como rendimentos tributáveis a importância de R\$ 327.561,18 e declarando como imposto de renda retido na fonte do titular o montante de R\$ 113.272,31, apurando-se diante dos ajustes declarados (rendimentos, despesas e retenções), o imposto devido de R\$ 78.103,77 e valor a restituir de R\$ 35.168,54.

A referida declaração de ajuste de IRPF foi objeto de procedimento de malha fiscal, que gerou o termo de intimação fiscal nº 2011/515162988800191, para que a apelante apresentasse comprovantes de todos os rendimentos recebidos no ano-calendário de 2010, bem como apresentasse a sentença judicial ou acordo homologado judicialmente, planilha das verbas contendo os cálculos de liquidação de sentença, planilha com discriminação das parcelas de previdência patronal e do empregado, quando for o caso, atualização de cálculos, alvará de levantamento com autenticação mecânica do banco ou extrato da conta corrente judicial, DARF do recolhimento do IRRF, e recibos de honorários advocatícios (fl. 198,, autos físicos).

Apresentados os documentos, a autoridade fiscal emitiu a notificação de lançamento de ofício do IRPF nº 2011/821058676316347. Segundo aponta a fiscalização, o lançamento decorreu de revisão da declaração de ajuste anual, tendo sido apurada a omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica, decorrentes de ação trabalhista e compensação indevida de Imposto de Renda Retido na Fonte.

Diz a apelante que os documentos juntados à inicial comprovam o recebimento de crédito trabalhista em virtude de dispensa imotivada, tendo sido retidos de seu crédito valores integrais de IRPF, os quais coincidem com os valores apurados pela apelada. Aduz ter sido recolhido na fonte o valor de R\$ 113.272,31, conforme atesta o documento de fl. 25 e comprovantes de recolhimento de fl. 43, no valor de R\$ 52.040,86, recolhido em 15/12/2010 e fl. 44, no valor de R\$ 61.231,45, recolhido em 22/12/2010. Sustenta que tais valores foram recolhidos por determinação do juízo trabalhista, não havendo qualquer diferença a ser paga. Afirma ter apresentado todos os rendimentos e pagamentos, sendo tributável o valor de R\$ 327.561,1, valores indenizados em R\$ 548.911,29 e o pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 219.368,12, totalizando o montante de R\$ 1.095.840,59, não havendo omissão de rendimentos.

Por sua vez, a União Federal, na contestação apresentada, alega que o rendimento tributável lançado foi de R\$ 457.026,14, sendo que a apelante havia declarado R\$ 327.561,18. Diz que a certidão apresentada pela apelante, emitida pela Justiça do Trabalho, demonstra que o valor de IRRF foi de R\$ 51.561,66, tendo sido este o valor considerado na notificação.

Verifica-se, portanto, a existência de controvérsia acerca dos valores que são ou não tributáveis. Os valores declarados pelo contribuinte divergem daqueles apurados pela fiscalização, sem que se possa, por meio da simples análise dos documentos acostados aos autos, inferir qual é o correto.

A apelante declarou como imposto de renda retido na fonte o montante de R\$ 113.272,31, que teria sido recolhido mediante duas guias de recolhimento, uma no valor de R\$ 52.040,86, recolhida em 15/12/2010 e a segunda, no valor de R\$ 61.231,45, em 22/12/2010.

Conforme cópia do processo fiscal trazida aos autos, colhe-se que, de fato, a apelante procedeu ao recolhimento das duas guias, nos valores e datas mencionados, com código de receita 5936 (fls. 284/285 e 295, autos físicos), correspondente a "Rendimentos decorrentes de Decisões da Justiça do Trabalho".

Sobre tais recolhimentos, a União Federal nada menciona, limitando-se a afirmar que considerou como recolhido o valor de R\$ 51.561,66, o qual, segundo certidão de objeto e pé nº 124/2013 emitida pela Secretaria da Primeira Vara do Trabalho de Ribeirão Preto/SP, corresponde à redução de imposto de renda que obteve a apelante, na ação trabalhista em questão.

Nesse aspecto, verifico a existência de fragilidade nas alegações da União Federal, já que não poderia considerar que o valor pago pela apelante refere-se à redução obtida.

Soma-se, ainda, que, ao contrário do alegado, nem todas as verbas recebidas ostentam natureza salarial a ensejar a exação. Consta que a apelante trouxe ao processo administrativo fiscal demonstrativo com o resumo das verbas e respectivos valores recebidos, tais como indenização estabilidade, diferença adicional tempo de serviço, 13º salário, FGTS e multa, reajustes não concedidos, férias em dobro, multa convencional, multa do art. 477 da CLT, horas extras, adicional de 1/3 de férias, indenização por tempo de serviço e etc. No final do referido documento, há menção que o IRRF devido é de R\$ 111.273,46 (fl. 138, autos físicos), o que reforçaria as alegações da apelante.

Diferentemente da conclusão do juiz *a quo*, não vejo que as alegações da parte autora são genéricas e que não se prestam a afastar a presunção de legitimidade que acoberta o ato administrativo guerreado.

Entendo, ao contrário, que a defesa da União Federal padece de robustez, conforme se infere de trechos que ora transcrevo:

“(…)

Assim, somente com a adequada demonstração de que a tributação pelo regime de competência é mais favorável, portanto com clara demonstração mês a mês dos créditos pagos acumuladamente, é que o contribuinte possuiria direito à repetição de eventual indébito em face da alegada tributação acumulada.

Também não houve demonstração dos (possíveis) rendimentos recebidos pela autora, mês a mês, durante o mesmo lapso temporal objeto da ação trabalhista por ela mencionada na exordial.

A bem da verdade, os valores recebidos nessa ação trabalhista decorrem exatamente de verbas salariais inadimplidas, direito do trabalhador posteriormente reconhecido pelo Judiciário. Se tais direitos tivessem sido pagos nas épocas próprias, certamente tais valores seriam acrescidos aos rendimentos mensais do trabalhador e a tributação pela tabela progressiva do IRPF incidiria sobre o total do recebimento mensal.

Logo cabia à autora a demonstração tanto dos rendimentos recebidos mês a mês (eventuais proventos de aposentadoria ou rendimentos como trabalhador na ativa) como dos rendimentos recebidos mês a mês decorrentes da ação trabalhista, o que não foi feito, não se podendo afirmar nenhum direito a eventual restituição.” (fls. 59/60, autos físicos).

Como se observa, a apelada, quanto ao pedido de repetição formulado, também defende que se faz necessária a demonstração dos rendimentos recebidos, mês a mês, o que, a meu sentir, reforça a preliminar aventada pela apelante de que a produção de provas é essencial para o deslinde da controvérsia.

A questão que ora se coloca envolve exame de provas e cálculos mais aprofundados, para o fim de se averiguar se houve ou não o recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF e se há ou não valores a serem restituídos à apelante.

No caso, como bem pontuou a apelante, o juiz *a quo*, logo após a contestação da União Federal, sentenciou o feito, sem oportunizar a produção de provas e sem intimar a apelante para se manifestar da defesa apresentada.

Coma devida vênia, entendo que o julgamento antecipado da lide configura cerceamento de defesa.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para acolher a preliminar de cerceamento de defesa e desconstituir a sentença, determinando o retorno dos autos à origem, na forma da fundamentação acima.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001524-78.2016.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NILCE DE CAMPOS FREITAS

Advogado do(a) APELANTE: RENATO COSTA QUEIROZ - SP153584-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de Ação Declaratória de Inexistência de Débito Fiscal c.c repetição de indébito.

Inicialmente, analiso a preliminar de cerceamento de defesa.

Sustenta a autora que foi tolhida de seu direito de produzir provas aos argumentos e documentos apresentados pela União Federal na contestação e, além disso, poderia trazer aos autos novos documentos que complementaríamos seus argumentos. Ora, a alegação da autora, ora apelante, não prospera, pois nos autos a relação processual já estava completa, uma vez que a União já havia sido citada e apresentado sua contestação, ou seja, as partes já haviam trazido para os autos suas alegações, cabendo ao Magistrado dirigente do processo, a verificação se haviam elementos suficientes para formar sua convicção da decisão a ser prolatada. A jurisprudência de fôma majoritária entende que havendo nos autos provas suficientes para o convencimento do Juiz, este de plano pode sentenciar, mesmo porque as provas são destinadas a formação de seu convencimento, tal entendimento foi sintetizado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgInt no AREsp 1432403/SP, cuja relatoria coube ao Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, em 18/05/2020, publicado no DJe 01/06/2020, ementa que transcrevo:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INALACÃO DE GASES TÓXICOS EM RAZÃO DE INCÊNDIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. *Agravo interno contra decisão da Presidência que não conheceu do agravo em recurso especial, em razão da falta de impugnação específica de fundamentos decisórios. Reconsideração.*

2. *Não há cerceamento de defesa quando o julgador, ao constatar nos autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indefere pedido de produção de prova. Cabe ao juiz decidir sobre os elementos necessários à formação de seu entendimento, pois, como destinatário da prova, é livre para determinar as provas necessárias ou indeferir as inúteis ou protelatórias.*

3. *O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento assente de que, não obstante seja objetiva a responsabilidade civil do agente poluidor, em razão de danos ambientais causados em decorrência da exploração de sua atividade comercial, a configuração do dever de indenizar demanda a prova do dano e do nexo causal. Precedentes.*

4. *Na hipótese, as instâncias ordinárias concluíram que a parte autora não comprovou os danos morais e o nexo de causalidade, inexistindo prova acerca de danos à saúde ou necessidade de atendimento médico em decorrência do evento danoso, a fim de dar sustentação ao pleito indenizatório. A pretensão de alterar tal entendimento ensejaria o revolvimento do suporte fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, conforme dispõe a Súmula 7/STJ.*

5. *Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial.*

Superada a preliminar de cerceamento de defesa, passo ao exame do mérito.

Nesse passo, assinalo que a autora em sua peça vestibular consignou que o recebimento das verbas na ação trabalhista decorreu de demissão, ou seja, perda do emprego, fato que não foi contestado, diretamente, pela ré, tomando-se incontroverso. Ocorre que, decorrendo a reclamação trabalhista de rescisão do contrato de trabalho, toma-se latente a natureza das verbas recebidas, o que afasta a incidência do imposto de renda, sendo que o mesmo entendimento se aplica aos juros de mora, posto que o acessório segue o principal, tal entendimento foi sedimentado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EDcl no AgrRg no Ag 1125290 / RS, cuja relatoria coube ao Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, em 09/04/2013, publicado no DJe de 13/06/2013, ementa que transcrevo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. JUROS DE MORA. INDENIZAÇÃO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. REGRA GERAL: INCIDÊNCIA. EXCEÇÕES: RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E VERBA PRINCIPAL ISENTA. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA: RESP. 1.089.720/RS, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. CASO CONCRETO EM QUE NÃO HOUE RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. ERRO MATERIAL RECONHECIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES, PARA DAR PROVIMENTO AO AGRAVO.

1. Nos termos do art. 535 do CPC, os Embargos de Declaração constituem modalidade recursal destinada a suprir eventual omissão, obscuridade e/ou contradição que se faça presente na decisão contra a qual se insurge, de maneira que seu cabimento revela finalidade estritamente voltada para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, que se quer seja cumprida com a efetiva cooperação das partes.
2. Por outro lado, sem olvidar da circunstância de estarem jungidos a fundamentação vinculada, é possível a concessão de efeitos infringentes aos Aclaratórios no caso em que, conforme seja a deficiência a ser corrigida, seu suprimento acarrete, inevitavelmente, a modificação do julgado recorrido, conforme reverberam abalizada doutrina e jurisprudência atuais (EDcl na AR 2.510/SP, Rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU, DJe 16.06.2011; EDcl no AgRg no Ag 1.214.723/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 10.06.2011; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no Ag 1.316.589/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe 17.06.2011, dentre outros).
3. Diga-se, ainda, que, excepcionalmente, o Recurso Aclaratório pode servir para amoldar o julgado à superveniente orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, quando dotada de efeito vinculante, em atenção à instrumentalidade das formas, de modo a garantir a celeridade e a eficácia da prestação jurisdicional e a reverência ao pronunciamento superior.
4. Conforme estabelecido no acórdão embargado, a 1a. Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 1.089.720/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 10.10.2012, concluiu que, em regra, incide IR sobre juros de mora percebidos em reclamatória trabalhista, ressalvando apenas algumas exceções: (a) não incide a referida exação sobre os juros mora percebidos na situação de rescisão do contrato de trabalho e (b) deve-se observar a natureza da verba principal, tendo em vista que os juros de mora seguem a sorte da mesma.
5. No caso dos autos, verifica-se haver erro material, uma vez que na inicial da ação de repetição do indébito consta a afirmação de que, no mês de abril do ano de 1997, o requerente ingressou com Reclamatória Trabalhista contra o Banco Meridional do Brasil S/A, reclamando horas extras, diferenças de salário e respectivos reflexos (fls. 13). Sendo assim, inexistindo a situação de rescisão do contrato de trabalho, resta desconfigurada a não incidência do referido tributo, que, portanto, é devido.
6. Embargos de Declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao agravo

Nesse passo, assevero que a autora, ora apelante juntou aos autos documentos suficientes para comprovar suas alegações, para tanto acostou a sua peça vestibular, cópias da declaração anual do imposto de renda do exercício de 2011 ano-calendário 2010, termo de intimação fiscal para apresentação de documentos, petição de apresentação dos documentos solicitados, notificação de lançamento, impugnação a notificação de lançamento, certidão objeto e pé da ação trabalhista.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, julgando procedente a ação e consequentemente condeno a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

É como voto.

EMENTA

ACÇÃO DECLARATÓRIA. IMPOSTOS DE RENDA PESSOA FÍSICA. CRÉDITO TRABALHISTA. EXAME DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. APELAÇÃO PROVIDA. RETORNO À VARA DE ORIGEM.

1.- Cuida-se de apelação interposta por NILCE DE CAMPOS FREITAS contra sentença em que julgado improcedente o pedido, ao fundamento de que a autora não teria se desincumbido do ônus probatório, remanescendo integralmente a presunção de veracidade que favorece o lançamento fiscal.

2. Consta dos autos que a parte autora, ora apelante, apresentou declaração retificadora de ajuste anual de IRPF no exercício de 2011, ano-calendário 2010, declarando como rendimentos tributáveis a importância de R\$ 327.561,18 e declarando como imposto de renda retido na fonte do titular o montante de R\$ 113.272,31, apurando-se diante dos ajustes declarados (rendimentos, despesas e retenções), o imposto devido de R\$ 78.103,77 e valor a restituir de R\$ 35.168,54.

3. A referida declaração de ajuste de IRPF foi objeto de procedimento de malha fiscal, que gerou o termo de intimação fiscal nº 2011/515162988800191, para que a apelante apresentasse: comprovantes de todos os rendimentos recebidos no ano-calendário de 2010, bem como apresentasse a sentença judicial ou acordo homologado judicialmente, planilha das verbas contendo os cálculos de liquidação de sentença, planilha com discriminação das parcelas de previdência patronal e do empregado, quando for o caso, atualização de cálculos, alvará de levantamento com autenticação mecânica do banco ou extrato da conta corrente judicial, DARF do recolhimento do IRRF, e recibos de honorários advocatícios (fl. 198,, autos físicos).

4. Apresentados os documentos, a autoridade fiscal emitiu a notificação de lançamento de ofício do IRPF nº 2011/821058676316347. Segundo aponta a fiscalização, o lançamento decorreu de revisão da declaração de ajuste anual, tendo sido apurada a omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica, decorrentes de ação trabalhista e compensação indevida de Imposto de Renda Retido na Fonte.

5. A apelante alega que os documentos juntados à inicial comprovam o recebimento de crédito trabalhista em virtude de dispensa imotivada, tendo sido retidos de seu crédito valores integrais de IRPF, os quais coincidem com os valores apurados pela apelada. Aduz ter sido recolhido na fonte o valor de R\$ 113.272,31, conforme atesta o documento de fl. 25 e comprovantes de recolhimento de fl. 43, no valor de R\$ 52.040,86, recolhido em 15/12/2010 e fl. 44, no valor de R\$ 61.231,45, recolhido em 22/12/2010. Sustenta que tais valores foram recolhidos por determinação do juízo trabalhista, não havendo qualquer diferença a ser paga. Afirma ter apresentado todos os rendimentos e pagamentos, sendo tributável o valor de R\$ 327.561,1, valores indenizados em R\$ 548.911,29 e o pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 219.368,12, totalizando o montante de R\$ 1.095.840,59, não havendo omissão de rendimentos.

6. Por sua vez, a União Federal, na contestação apresentada, alega que o rendimento tributável lançado foi de R\$ 457.026,14, sendo que a apelante havia declarado R\$ 327.561,18. Diz que a certidão apresentada pela apelante, emitida pela Justiça do Trabalho, demonstra que o valor de IRRF foi de R\$ 51.561,66, tendo sido este o valor considerado na notificação.

7. Verifica-se, portanto, a existência de controvérsia acerca dos valores que são ou não tributáveis. Os valores declarados pelo contribuinte divergem daqueles apurados pela fiscalização, sem que se possa, por meio da simples análise dos documentos acostados aos autos, inferir qual é o correto.

8. A apelante declarou como imposto de renda retido na fonte o montante de R\$ 113.272,31, que teria sido recolhido mediante duas guias de recolhimento, uma no valor de R\$ 52.040,86, recolhida em 15/12/2010 e a segunda, no valor de R\$ 61.231,45, em 22/12/2010. Conforme cópia do processo fiscal trazida aos autos, colhe-se que, de fato, a apelante procedeu ao recolhimento das duas guias, nos valores e datas mencionados, com código de receita 5936 (fls. 284/285 e 295, autos físicos), correspondente a "Rendimentos decorrentes de Decisões da Justiça do Trabalho". Sobre tais recolhimentos, a União Federal nada menciona, limitando-se a afirmar que considerou como recolhido o valor de R\$ 51.561,66, o qual, segundo certidão de objeto e pé nº 124/2013 emitida pela Secretaria da Primeira Vara do Trabalho de Ribeirão Preto/SP, corresponde à redução de imposto de renda que obteve a apelante, na ação trabalhista em questão.

9. Nesse aspecto, verifica-se a existência de fragilidade nas alegações da União Federal, já que não poderia considerar que o valor pago pela apelante refere-se à redução obtida. Soma-se, ainda, que, ao contrário do alegado, nem todas as verbas recebidas ostentam natureza salarial a ensejar a exação. Consta que a apelante trouxe ao processo administrativo fiscal demonstrativo com o resumo das verbas e respectivos valores recebidos, tais como indenização estabilidade, diferença adicional tempo de serviço, 13º salário, FGTS e multa, reajustes não concedidos, férias em dobro, multa convencional, multa do art. 477 da CLT, horas extras, adicional de 1/3 de férias, indenização por tempo de serviço e etc. No final do referido documento, há menção que o IRRF devido é de R\$ 111.273,46 (fl. 138, autos físicos), o que reforçaria as alegações da apelante.

10. Como se observa, a apelada, quanto ao pedido de repetição formulado, também defende que se faz necessária a demonstração dos rendimentos recebidos, mês a mês, o que, a meu sentir, reforça a preliminar aventada pela apelante de que a produção de provas é essencial para o deslinde da controvérsia.

11. A questão que ora se coloca envolve exame de provas e cálculos mais aprofundados, para o fim de se averiguar se houve ou não o recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF e se há ou não valores a serem restituídos à apelante.

12. No caso, como bem pontuou a apelante, o juiz *a quo*, logo após a contestação da União Federal, sentenciou o feito, sem oportunizar a produção de provas e sem intimar a apelante para se manifestar da defesa apresentada.

13. O julgamento antecipado da lide configura cerceamento de defesa.

14. Apelação provida para acolher a preliminar de cerceamento de defesa e desconstituir a sentença, determinando o retorno dos autos à origem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, vencidos o Relator e o Des. Fed. CARLOS MUTA, que o faziam em extensão diversa. Lavrará o acórdão o Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001774-59.2008.4.03.6113

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PEDRO RONAN MACHADO EIRELI

Advogado do(a) APELADO: MARCOS JOSE MACHADO - PR60963

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001774-59.2008.4.03.6113

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PEDRO RONAN MACHADO EIRELI

Advogado do(a) APELADO: MARCOS JOSE MACHADO - PR60963

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União contra a r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal ajuizados por **Pedro Ronan Machado ME**.

O juízo *a quo* reconheceu que o contribuinte cumpriu o seu dever instrumental tributário, bem como adimpliu os créditos tributários de forma satisfatória em relação ao seu *quantum* e, portanto, embora realizado de forma equivocada em relação à forma, mais prejuízos não acometeram à administração tributária, extinguindo-se o crédito cobrado na execução fiscal de nº 0000576-66.2007.4.03.6113.

Sua Excelência, ainda, condenou a União, nos honorários advocatícios, fixados em R\$ 765,00 (setecentos e sessenta e cinco reais).

A apelante alega, em síntese, que:

a) posteriormente ao ajuizamento dos presentes embargos à execução fiscal, fora celebrado parcelamento entre as partes, o que afasta o interesse processual de forma superveniente;

b) quanto ao mérito, aduz que a entrega de declaração de forma equivocada não caracteriza o adimplemento do dever instrumental, bem como não reputa como espontânea a denúncia, tomando-se hígido o crédito ora cobrado.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001774-59.2008.4.03.6113

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PEDRO RONAN MACHADO EIRELI

Advogado do(a) APELADO: MARCOS JOSE MACHADO - PR60963

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A questão dos autos não carece de maiores debates, haja vista que o parcelamento dos valores objetos da dívida combatida, após o ajuizamento da ação, enseja o reconhecimento da perda do interesse de agir, nos termos da jurisprudência já consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Terceira Turma:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. ADESÃO AO PAES. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DE RENÚNCIA. ART. 269, V DO CPC. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DESPROVIDO. RECURSO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C, DO CPC E DA RES. 8/STJ.

1. Inexiste omissão no acórdão impugnado, que apreciou fundamentadamente a controvérsia, apenas encontrando solução diversa daquela pretendida pela parte, o que, como cediço, não caracteriza ofensa ao art. 535, II do CPC.

2. A Lei 10.684/2003, no seu art. 4º., inciso II, estabelece como condição para a adesão ao parcelamento a confissão irretroatável da dívida; assim, requerido o parcelamento, o contribuinte não poderia continuar discutindo em juízo as parcelas do débito, por faltar-lhe interesse jurídico imediato.

3. É firme a orientação da Primeira Seção desta Corte de que, sem manifestação expressa de renúncia do direito discutido nos autos, é incabível a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, V do CPC), residindo o ato na esfera de disponibilidade e interesse do autor, não se podendo admiti-la tácita ou presumidamente.

4. Na esfera judicial, a renúncia sobre os direitos em que se funda a ação que discute débitos incluídos em parcelamento especial deve ser expressa, porquanto o preenchimento dos pressupostos para a inclusão da empresa no referido programa é matéria que deve ser verificada pela autoridade administrativa, fora do âmbito judicial. Precedentes: (REsp. 1.086.990/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 17/08/2009, REsp. 963.420/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 25/11/2008; AgRg no REsp. 878.140/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 18/06/2008; REsp. 720.888/RS, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 06/11/2008; REsp. 1.042.129/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 16/06/2008; REsp. 1.037.486/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJe 24/04/2008).

5. Partindo-se dessas premissas e analisando o caso concreto, a manifestação da executada, concordando com o pedido da Fazenda Pública de extinção do processo com julgamento do mérito, mas fazendo ressalva quanto ao pedido de condenação em honorários, após a sua adesão ao PAES, não se equipara à renúncia expressa sobre o direito em que se funda a ação, não sem prejudicar que o processo seja extinto, sem exame de mérito (art. 267, V do CPC).

6. Nega-se provimento ao Recurso Especial da Fazenda Pública. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ."

(REsp 1124420/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 14/03/2012)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PARCELAMENTO - FATO SUPERVENIENTE - PERDA DO INTERESSE PROCESSUAL - RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. A execução fiscal de origem foi proposta para a cobrança de débitos inscritos sob os números 80.2.99.071140-18, 80.6.99.151976-00 e 80.6.99.151977-91 e também sob o nº 80 2 09 011829-13, objeto do presente recurso.

2. Consta dos autos de origem que a parte recorrente aderiu programa de parcelamento, o que configura fato novo superveniente à interposição do agravo, nos termos do artigo 462 do CPC/73 (art. 463, CPC/15), impondo-se ao julgador, em qualquer fase do processo, o exame da questão, já que influi no julgamento da lide.

3. Embora a recorrente tenha aderido ao programa de parcelamento da dívida, deixou de desistir do recurso e de renunciar expressamente ao direito sobre o qual se funda a ação. 4. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, em especial o julgamento dos embargos de declaração do recurso representativo de controvérsia REsp 1.124.420-MG, tem entendido que, nos casos em que não tenha sido formulado pedido expresso de desistência e renúncia, a adesão ao parcelamento acarreta a superveniente perda do interesse processual, a ensejar a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73 (art. 485, VI, CPC/15).

5. Ante a perda superveniente do interesse processual da agravante, impõe-se o não conhecimento do seu recurso.

6. Agravo de instrumento não conhecido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 522662 - 0000441-68.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 15/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/03/2017)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADESÃO AO PARCELAMENTO DA LEI 11.941/2009. SUPERVENIENTE PERDA DO INTERESSE PROCESSUAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Comprovada a adesão da embargante a parcelamento fiscal, após o ajuizamento dos embargos do devedor, resta configurada a perda superveniente do interesse processual, nos termos da jurisprudência consolidada, a autorizar a extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 267, VI, CPC/1973).

2. Tratando-se de benefício fiscal, as normas que regem o parcelamento devem ser interpretadas restritivamente, tendo sido, no caso, aceitos pelo contribuinte que, livremente, aderiu ao acordo e aos respectivos termos. Assim, inexistente ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal.

3. Embora não seja exigível garantia para aderir ao parcelamento da Lei 11.941/09, não podem ser levantadas as que existem e foram requeridas ou deferidas antes da adesão ao acordo.

4. Reconhecida a superveniente perda do interesse de agir, pela adesão da executada ao programa de parcelamento, restam prejudicadas as alegações arguidas no mérito dos embargos, reiteradas em apelação.

5. Apelação desprovida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2199379 - 0039465-21.2013.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 15/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2017)

Isto decorre porque o comportamento do contribuinte ao aderir ao parcelamento, após ter ingressado com a ação que visa discutir o crédito tributário, demonstra que não mais tem interesse em debater aquela relação jurídica, tornando-se carecedor de ação.

Os presentes embargos à execução fiscal combatem a certidão de inscrição em dívida ativa de nº 80.6.06.084978-91. No id nº 90267138, f. 76, existe informação de que a mencionada certidão foi inserida no parcelamento da Lei nº 11.941/09.

Sedimente-se que em relação a este fato superveniente, embora oportunizado o contraditório no momento da apresentação das contrarrazões ao recurso de apelação, o apelado ficou-se inerte em relação a tal tema, induzindo ao reconhecimento de que a referida alegação de fato, aliada a prova trazida aos autos (id nº 90267138, f. 76) demonstra que os créditos tributários foram parcelados.

Desta forma, nos termos da jurisprudência adrede colacionada, é de rigor a extinção do feito, sem resolução do mérito, por perda superveniente do interesse de agir.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto para **JULGAR EXTINTO** o presente feito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADESÃO A PARCELAMENTO POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE RENÚNCIA AO DIREITO AO QUAL AQUELA SE FUNDA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. RECURSO DE APELAÇÃO PREJUDICADO. AÇÃO EXTINTA.

1. O parcelamento dos valores objetos da dívida combatida, após o ajuizamento da ação, enseja o reconhecimento da perda do interesse de agir, nos termos da jurisprudência já consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Terceira Turma.
2. O comportamento do contribuinte ao aderir ao parcelamento, após ter ingressado com a ação que visa discutir o crédito tributário, demonstra que não mais tem interesse em debater aquela relação jurídica, tornando-se carecedor de ação.
3. Os presentes embargos à execução fiscal combatem a certidão de inscrição em dívida ativa de nº 80.6.06.084978-91. No id nº 90267138, f. 76, existe informação de que a mencionada certidão foi inserida no parcelamento da Lei nº 11.941/09.
4. Recurso de apelação provido e, ação extinta, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto para JULGAR EXTINTO o presente feito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012304-91.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: VELLOZA ADVOGADOS ASSOCIADOS

Advogados do(a) AGRAVADO: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A, LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012304-91.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: VELLOZA ADVOGADOS ASSOCIADOS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **UNIÃO**, contra a r. decisão proferida nos autos de nº **0047484-55.2009.4.03.6182** em trâmite perante o Juízo Federal da 10ª Vara Especializada em Execuções Fiscais da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, no âmbito da qual determinada a aplicação do IPCA-e aos cálculos relativos à condenação a pagamento de honorários imposta à fazenda pública.

Alega a agravante, em síntese, que:

- *“a União conformar-se com a interpretação do MM. Juízo a quo no sentido da aplicação imediata do julgamento do RE 870.947 para afastamento no caso concreto da TR como índice de correção monetária nos termos do art. 1-F da Lei nº 9.494/97 no período anterior a requisição de pagamento sem que seja levado em consideração que ainda pendem de julgamento embargos de declaração nos quais a União postula a modulação de efeitos para que o novo entendimento do STF seja aplicado apenas para o futuro.”;*

- *“a União não pode se conformar com a aplicação imediata do julgamento do RE 870.947 para afastamento no caso concreto da TR como índice de correção monetária nos termos do art. 1-F da Lei nº 9.494/97 no período anterior a requisição de pagamento sem que seja levado em consideração que ainda pendem de julgamento embargos de declaração nos quais a União postula a modulação de efeitos”.*

Intimada, a parte agravada apresentou resposta, em que pugnou pelo desprovisionamento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012304-91.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: VELLOZA ADVOGADOS ASSOCIADOS

Advogados do(a) AGRAVADO: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A, LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O Supremo Tribunal Federal concluiu, em 25/03/2015, o exame da questão de ordem nas ADI's 4.357 e 4.425, estatuinto, em definitivo, pois, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com modulação nos seguintes termos:

"QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029.

2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.

3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.

4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado.

5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT).

6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório.

7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão."

(ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015)

No caso dos autos, em que ainda não houve a expedição de precatório, a declaração de inconstitucionalidade, com os seus efeitos prospectivos, não autoriza a aplicação do artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, razão pela qual deve prevalecer a utilização do IPCA-E, conforme reiterada jurisprudência deste E. Tribunal:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE EXECUÇÃO DO JULGADO CONTRA FAZENDA PÚBLICA. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DE PRECATÓRIO AINDA NÃO EXPEDIDO. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/1997. INCONSTITUCIONALIDADE. ADIS 4.357 E 4.425. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PERTINÊNCIA PARA O CASO CONCRETO. AGRAVO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal concluiu, em 25/03/2015, o exame da questão de ordem nas ADIs 4.357 e 4.425, estatuinto, em definitivo, pois, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com modulação nos seguintes termos: "Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária" (ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015).

2. No caso dos autos, em que ainda não houve a expedição de precatório, a inconstitucionalidade, com os seus efeitos prospectivos, não autoriza a aplicação do artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com pretendido pela União, nos termos de diversos precedentes desta C. Turma. Prospera a pretensão recursal, com a utilização do IPCA-E também a partir de julho de 2009.

3. Agravo provido."

(TRF 3ª Região, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017503-53.2016.4.03.0000/SP, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 07/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/03/2018)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ATUALIZAÇÃO DO PRINCIPAL EM CONFORMIDADE COM A COISA JULGADA. ATUALIZAÇÃO DE CUSTAS. IPCA-E. MANUAL DE ORIENTAÇÃO PARA CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA TRA PARTIR DE 2009 EM DECORRÊNCIA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA.

1.

2. Improcedente a insurgência da embargante quanto à atualização do valor das custas, pois a aplicação do IPCA-E encontra respaldo na decisão da Suprema Corte que, em 25/03/2015, decidiu questão de ordem nas ADIS 4.357 e 4.425, fixando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, conforme modulação que apenas manteve a aplicação dos critérios de atualização declarados inconstitucionais para precatórios já expedidos, não sendo esta a hipótese dos autos.

.....

4. Desprovimento do recurso adesivo da embargada, e provimento em parte da apelação da embargante e da remessa oficial, tida por submetida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022327-93.2013.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/01/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/01/2016)

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INDÉBITO TRIBUTÁRIO. CÁLCULOS. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA ATÉ HOMOLOGAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA RELATIVA AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO OU DECURSO, IN ALBIS, DO PRAZO PARA OPÔ-LOS. ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/1997. TR. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. ADI 4.357. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. QUANTO À TR, TRATOU APENAS DOS PRECATÓRIOS JÁ EXPEDIDOS OU PAGOS. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU EFEITO SUSPENSIVO. PREJUDICADO.

- A demanda originária deste agravo de instrumento é uma ação ordinária em execução de sentença, na qual o juízo a quo determinou o encaminhamento dos autos à contadoria judicial para atualização do cálculo com a inclusão dos juros moratórios até a data de homologação da conta de liquidação, no caso, a do trânsito em julgado dos embargos à execução, bem como a correção monetária até a data atual nos termos da Resolução nº 134/2010, alterada pela de nº 267/2013, ambas do Conselho da Justiça Federal.

- Juros de mora. A recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento exarado pelo Relator Ministro Luiz Fux no julgamento do REsp nº 1.143.677/RS, em sede de recurso repetitivo, e em consonância com o Supremo Tribunal Federal, manifesta-se no sentido de que não incidem juros moratórios entre a data da elaboração da conta de liquidação e a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, desde que satisfeito o débito no prazo previsto no artigo 100 da Constituição Federal. No entanto, a Corte Superior assevera com clareza que a elaboração definitiva da conta é verificada após a definição do quantum debeat; que ocorre com o trânsito em julgado dos embargos à execução ou com o transcurso in albis do prazo para a fazenda apresentá-los. Precedente: AgRg no REsp 1.154.22/PR.

- No caso concreto, o trânsito em julgado do acórdão proferido nos embargos à execução opostos pela ora agravada ocorreu em 19/4/2011. Nesse contexto, não assiste razão à recorrente, na medida em que o juízo a quo limitou a incidência dos juros de mora a tal data.

- TR. O Supremo Tribunal Federal, na ADI 4.357, declarou a inconstitucionalidade parcial do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, por ter reproduzido as regras da Emenda Constitucional nº 62/2009 quanto à atualização monetária e, acerca de indébito tributário, à fixação de juros moratórios. No que tange a esse julgado, o STF finalizou a análise da questão de ordem, por meio da qual resguardou a aplicação da TR apenas relativamente aos precatórios já expedidos ou pagos até 25/3/2015. Como não houve menção, na questão de ordem, à aplicação da TR na atualização de crédito tributário que ainda não seja objeto de precatório, como no caso dos autos, em que o indébito em fase de execução de sentença refere-se a PIS, deve ser observada a declaração de inconstitucionalidade do citado artigo 1º-F sem ressalva.

- Correta, portanto, a decisão agravada, que não é modificada pela questão relativa ao artigo 27 da Lei nº 12.919/2013, que igualmente diz respeito à atualização de precatórios. Por fim, saliente-se que, a despeito de o débito ser tributário, como visto, a inaplicabilidade da SELIC já foi determinada por este tribunal por decisão acobertada pela coisa julgada, à vista de que o título executivo previu o acréscimo de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, conforme os artigos 161 e 167 do CTN.

- Agravo regimental contra a decisão que deferiu efeito suspensivo. Por fim, à vista do exame exauriente da demanda com o julgamento do agravo de instrumento, resta prejudicado o agravo regimental com pedido de reconsideração apresentado junto com a contramutua e interposto contra a decisão que deferiu o efeito suspensivo, mesmo porque o artigo 558 do Código de Processo Civil, que a baseou, é expresso no sentido de que a suspensão do cumprimento da decisão dá-se apenas até o pronunciamento definitivo da turma.

- Agravo de instrumento desprovido e agravo regimental prejudicado. "

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0004013-95.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 25/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/07/2015)

Em relação ao RE nº 870.947, seu julgamento afastou definitivamente a tese recursal sobre a atualização do valor da condenação:

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

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna ao disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido. "

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

A eventual ausência de trânsito em julgado ou a possibilidade de eventual modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, na esteira do quanto já decidido pela Corte Superior. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DO ART. 475-J. TRÂNSITO EM JULGADO. NECESSIDADE. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APLICAÇÃO TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. NÃO PROVIMENTO.

2. O acórdão proferido em recurso representativo da controvérsia pode ser aplicado aos demais processos que tratam da mesma matéria, antes mesmo do seu trânsito em julgado. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. "

(AgRg no AREsp 147.250/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJE 01/06/2015)

"TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DO IPI SOBRE VEÍCULO AUTOMOTOR IMPORTADO PARA USO PRÓPRIO. CABIMENTO. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL. RE 723.651/PR. SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ.

1. O fato de a ementa do julgado promovido pelo STF encontrar-se pendente de publicação não inviabiliza sua imediata aplicação, mormente diante do efeito vinculante dos pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral, emprestando celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, bem como reverência ao pronunciamento superior:

[...]

Agravo interno improvido. "

(AgInt no REsp nº 1.402.242/SC, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:28/06/2016..DTPB:)

Ainda que assim não fosse, os embargos de declaração opostos contra a decisão proferida no RE nº 870.947 foram rejeitados em sessão do dia 03 de outubro de 2019, e o julgado publicado em 03 de janeiro de 2020, em que se entendeu pela não modulação da declaração de inconstitucionalidade no caso. Veja-se:

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

(RE 870947 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020) – sem grifos no original

Assim sendo, descabida a pretensão recursal da União.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DE PRECATÓRIO AINDA NÃO EXPEDIDO. CORREÇÃO DA CONDENAÇÃO. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/1997. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI'S 4.357 E 4.425. RE 870.947. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal concluiu, em 25/03/2015, o exame da questão de ordem nas ADI's 4.357 e 4.425, estatuinto, em definitivo, pois, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com modulação nos seguintes termos: "*Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária*" (ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015).

2. No caso dos autos, em que ainda não houve a expedição de precatório, a inconstitucionalidade, com os seus efeitos prospectivos, não autoriza a aplicação do artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, nos termos de diversos precedentes desta C. Turma. O STF igualmente julgou inconstitucional o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 para efeito de atualização dos valores da condenação (RE 870947, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 17-11-2017 PUBLIC 20-11-2017).

3. Os embargos de declaração opostos contra a decisão proferida no RE nº 870.947 foram rejeitados em sessão do dia 03 de outubro de 2019, e o julgado publicado em 03 de janeiro de 2020, em que se entendeu pela não modulação da declaração de inconstitucionalidade.

4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012284-66.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: RECICLADOS LIMEIRA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: OTAVIANO LUIZ PAVARINI DE CAMARGO - SP262729-A, MARCIO BERTOLDO FILHO - SP275015-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012284-66.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: RECICLADOS LIMEIRA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: OTAVIANO LUIZ PAVARINI DE CAMARGO - SP262729-A, MARCIO BERTOLDO FILHO - SP275015-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela RECICLADOS LIMEIRA LTDA, contra a decisão proferida, nos autos dos embargos à execução fiscal nº 0000668-20.2018.4.03.6143, em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Limeira/SP, por meio da qual recebeu a demanda de defesa sem concessão de efeito suspensivo, por entender não estarem presentes os requisitos das tutelas provisórias.

Alega a agravante, em síntese, que:

- a) embora a dívida tributária em execução não se encontre integralmente garantida, os embargos a execução fiscal podem ser recebidos com efeito suspensivo;
- b) alega que há o risco de dano de difícil ou incerta reparação, e a probabilidade do direito do legado, haja vista que prosseguindo-se a “*Execução Fiscal, a AGRAVANTE poderá ter seu dinheiro já penhorado na Execução, automóveis e imóveis, expropriados, sem que sua defesa tenha sido devidamente apreciada*”.

A parte contrária apresentou contraminuta, em que pugnou pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012284-66.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: RECICLADOS LIMEIRA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: OTAVIANO LUIZ PAVARINI DE CAMARGO - SP262729-A, MARCIO BERTOLDO FILHO - SP275015-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (relatora):

O atual Código de Processo Civil, em seu artigo 919, § 1º, manteve a sistemática do diploma anterior (artigo 739-A, § 1º), de modo que o regime para atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução é *ope judicis* (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 18. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. p. 1600-1602).

Nesse quadro, impõe-se a manutenção do entendimento pacífico da jurisprudência quanto à aplicação do regramento do diploma processual a respeito dessa matéria nas execuções fiscais, o que foi firmado inclusive na sistemática dos recursos repetitivos:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DO ART. 739-A, § 1º, DO CPC. RESP 1.272.827/PE, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C, CPC. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO EFEITO SUSPENSIVO PRETENDIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ, consolidada no julgamento do Recurso Especial 1.272.827/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que o art. 739-A do CPC aplica-se às execuções fiscais e a atribuição de efeito suspensivo aos Embargos do Devedor está condicionada ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia da execução; verificação, pelo juiz, da relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*) e da ocorrência de grave dano de difícil ou incerta reparação que o prosseguimento da execução possa causar ao executado (*periculum in mora*).

2. No caso, o Tribunal de origem indeferiu a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, por concluir pela inexistência desses requisitos. Nesse contexto, rever a posição do órgão julgador a quo implica, necessariamente, reexame do quadro fático-probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de recurso especial, pela Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no REsp 1351772/RS, Relator Min. Benedito Gonçalves, STJ - 1ª Turma, DJe de 22.10.2014) (grifei)

Na hipótese dos autos, a demanda executiva não se encontra garantida, o que, por si só já inviabilizaria a suspensão da execução fiscal. Além disso, não estão presentes os demais requisitos necessários para a atribuição do efeito suspensivo pleiteado.

Primeiramente, não há elementos a evidenciar, de plano, a probabilidade do direito, alegado, haja vista que, como dito, a suspensão do trâmite do feito executivo somente tem lugar quando presentes os requisitos da tutela provisória.

Tampouco concorre, em princípio, a prova de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, pois a fase atual da execução fiscal não é compatível com qualquer perspectiva de imediata liquidação da garantia nela prestada, por meio da alienação em hasta pública, ou de transformação dos valores constritos em pagamento definitivo.

A propósito, confirmam-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO.

1. A jurisprudência é pacífica quanto à aplicação do artigo 739-A do antigo Código de Processo Civil (atual 919, §1º, do novo CPC) às execuções fiscais, justamente por faltar norma específica quanto ao assunto na LEF.

2. Assim, a suspensão da execução quando da oposição de embargos depende da demonstração dos requisitos para a concessão da tutela provisória, além de prestação de garantia suficiente à satisfação da dívida.

3. No caso, embora a execução esteja devidamente garantida, certo é que não se encontram presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória, seja por urgência, seja por evidência.

4. A petição inicial dos embargos e mesmo as razões do presente recurso não trazem nenhum elemento concreto a demonstrar a urgência a ponto de se necessitar da tutela antecipadamente, não sendo razoável para tanto meras alegações de que o prosseguimento da execução fiscal pode atrapalhar as atividades da empresa.

5. Ademais, a princípio, não há evidência no direito alegado em sede de embargos.

6. Agravo desprovido.”

(AI 0021017-14.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/08/2017) (grifei)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RECEBIMENTO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL SEM EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência consagrada do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que as execuções fiscais se sujeitam ao artigo 739-A do Código de Processo Civil, e que a atribuição de efeito suspensivo sobre o executivo fiscal somente é possível em situações excepcionais, não bastando apenas, como antes, a propositura dos embargos com a garantia do Juízo, mas a relevância de seus fundamentos e o risco de dano irreparável.

2. Caso em que, ainda que garantida a execução fiscal, deve-se observar outros requisitos para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor, quais sejam, a relevância dos fundamentos dos embargos do devedor e o risco de grave dano de difícil ou incerta reparação, o que não se verifica no caso concreto.

3. A propósito, basta considerar que a discussão veiculada nos embargos do devedor diz respeito à inexistência de co-responsabilidade da ora agravante, em razão da apuração de grupo econômico, em especial pela suposta falta de prova do vínculo entre as partes quanto à realização dos fatos geradores executados ou descumprimento da legislação tributária, sendo que, a título de prova acerca da relevância jurídica da argumentação, nada foi juntado aos autos, corroborando a convicção de que se trata de matéria fático-probatória permeada de controvérsia, a exigir dilação probatória, não podendo ser reputada provada, desde logo, a versão da embargante e agravante, para conferir efeito suspensivo aos embargos do devedor em caráter excepcional, como exigido pela legislação e jurisprudência.

4. Agravo inominado desprovido.”

(AI 0013006-30.2015.4.03.0000, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/09/2015) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NÃO PREENCHIDOS TODOS OS REQUISITOS DO ARTIGO 739-A, §1º, DO CPC/73 - VIGENTE À ÉPOCA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O artigo 739-A do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigo 919 do CPC/2015) estabelece que os embargos do devedor não terão efeito suspensivo.

2. A suspensão da execução fiscal em razão da oposição de embargos está condicionada ao atendimento concomitante das circunstâncias previstas § 1º do artigo 739-A do CPC/73, vigente à época da oposição dos embargos.

3. No caso dos autos, não restou evidenciada a relevância nos fundamentos invocados. Ademais, não é possível no atual momento processual incursionar acerca dos argumentos expendidos pela empresa executada, já que esta discussão é própria do mérito dos embargos à execução fiscal e sua análise depende de dilação probatória.

4. Assim, não há porque paralisar o curso da ação executiva uma vez que não foram preenchidos todos os requisitos do § 1º do art. 739-A do CPC/73, para fins de atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução.

5. Agravo interno não provido.”

(AI 0014435-95.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal JOHNSOMDI SALVO, TRF3 - Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2017) (grifei)

Ressalte-se que, acaso determinada a hasta pública ou conversão da penhora de dinheiro em renda, resta ainda ao agravante a possibilidade de recorrer de tal decisão, apontando os fatos que, naquele momento futuro, podem ser apresentados como impeditivos para a adoção da medida, e apontar solução diversa para o adimplemento do crédito tributário devido.

Desse modo, por não restarem preenchidos os requisitos legais, inviável o deferimento da tutela pretendida para o fim de excepcionar a aplicação do artigo 919, *caput*, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 919, § 1º, DO CPC. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CUMULATIVOS. CDA PRESUMIDAMENTE VÁLIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Especial nº 1.272.827/PE, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, pacificou entendimento no sentido de que se aplica o regramento do diploma de direito adjetivo às execuções fiscais.
2. No presente caso, embora a demanda executiva não está integralmente garantida pelo imóvel penhorado. Outrossim, não estão preenchidos os demais requisitos exigidos pelo § 1º do artigo 919 do Código de Processo Civil, para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
3. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao recurso., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0036484-23.2003.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: JANDIR JOSE DALLE LUCCA, JULIE JOY INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: JANDIR JOSE DALLE LUCCA - SP96539-A

Advogado do(a) APELANTE: JANDIR JOSE DALLE LUCCA - SP96539-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0036484-23.2003.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: JANDIR JOSE DALLE LUCCA, JULIE JOY INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: JANDIR JOSE DALLE LUCCA - SP96539-A

Advogado do(a) APELANTE: JANDIR JOSE DALLE LUCCA - SP96539-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução opostos pela **União – Fazenda Nacional** em face de **Jandir José Dalle Luca**, alegando a inexistência de honorários advocatícios a serem executados.

Na ação ordinária nº 0005861-30.1990.403.6100, o pedido da autora Julie Joy Ind. e Com. Ltda foi julgado procedente para reconhecer como **ilegítima** a exigência de satisfação do FINSOCIAL, com fulcro na Lei nº 7689/88, conferindo direito à restituição das (s) importâncias (s) satisfeitas sob aquele título, monetariamente atualizada (s) a partir de cada recolhimento, acrescida (s) de juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês, calculados na forma do disposto no parágrafo único, do art. 167 do Código Tributário Nacional. Condenou, ainda, a ré a reembolsar à autora as custas processuais dispendidas e a satisfazer honorários advocatícios que ora arbitro em 10% (dez por cento) do valor da condenação (ID 90324088 - Pág. 133-135).

Em grau de recurso, a apelação da União e o reexame necessário foram providos em parte para determinar apenas a restituição dos valores recolhidos a título de FINSOCIAL que excederam a alíquota de 0,5%, a partir de quando teve eficácia a Lei n. 7.787/89 e as outras que lhe seguiram, até a revogação do Decreto-Lei 1.940/82 pela Lei Complementar 70/91. Consignou-se que a autora decaiu de parte considerável do pedido, uma vez que pretendia a restituição do FINSOCIAL em sua integralidade, de modo que houve a aplicação do disposto no art. 21 do CPC/1973 (ID 90324089 - Pág. 11-15).

O acórdão transitou em julgado em 09.04.1996 (ID 90324089 - Pág. 17).

A Fazenda Nacional, em cumprimento de sentença, apresentou memórias de cálculo no valor de R\$ 5.899,39 (cinco mil, oitocentos e noventa e nove reais e trinta e nove centavos), atualizado até outubro de 1996 (ID 90324089 - Pág. 20-24), ao passo que a empresa autora discordou e apresentou cálculos de liquidação no montante de R\$ 26.609,39 (vinte e seis mil, seiscentos e nove reais e trinta e nove centavos), em abril de 1997 (ID 90324089 - Pág. 32-39).

Diante dessa divergência, os autos foram remetidos à Contadoria do Juízo, que apontou equívocos nos cálculos de ambas as partes (ID 90324089 - Pág. 78-81).

O advogado da parte autora, então, iniciou a execução separada dos honorários sucumbenciais (ID 90324089 - Pág. 109-111).

Devido à concordância da Fazenda Nacional em relação ao novo valor indicado pela empresa autora, relativo à execução do principal, foi expedido ofício requisitório, mas, antes do pagamento, a União informou sobre a existência de débito inscrito em dívida ativa em nome da autora, razão pela qual pugnou pela suspensão do levantamento de tal valor, até a regularização da pendência fiscal, que culminou em penhora no rosto dos autos (ID 90324089 - Pág. 160).

A Fazenda opôs embargos à execução dos honorários advocatícios, alegando que não houve condenação sob este título no acórdão, o que também foi objeto de concordância pelo Contador do Juízo, que não sabia como proceder aos cálculos de tal verba.

O MM. Juiz *quo* julgou procedentes os embargos da União, diante da inexistência de valores a executar, ao se considerar a sucumbência recíproca das partes nos autos da ação ordinária. Condenou a parte embargada, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado (ID 90323663 - Pág. 41-44).

O embargado apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) primeiramente a União foi condenada em 10% (dez por cento) de honorários sobre o valor da condenação, sendo que, nos termos do v. acórdão, este valor deveria ser reciprocamente distribuído e compensado entre as partes na medida de sua vitória e derrota;
- b) se a derrota da autora foi de R\$ 190.418,61 e a derrota da ré foi de R\$ 373.371,28, é evidente que há uma desproporcionalidade, de modo que os honorários devidos pela ré são consideravelmente maiores do que os honorários devidos pela autora, restando a esta, ainda, saldo a receber por seus patronos após a compensação;
- c) a proporcionalidade a ser aplicada à sucumbência equivale exatamente à diferença entre o que a autora ganhou e perdeu, não se admitindo, portanto, o argumento de que não restaria valor devido em favor do apelante, pois a autora não sucumbiu em 50% (cinquenta por cento), mas em percentual muito menor do que isso.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0036484-23.2003.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: JANDIR JOSE DALLE LUCCA, JULIE JOY INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: JANDIR JOSE DALLE LUCCA - SP96539-A

Advogado do(a) APELANTE: JANDIR JOSE DALLE LUCCA - SP96539-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de embargos à execução opostos pela União – Fazenda Nacional, alegando a inexistência de honorários advocatícios a serem executados.

O cerne da questão, deste modo, é saber se a verba honorária fixada nos termos do artigo 21 do CPC/1973 já foi compensada entre as partes, como afirma a embargante, ou se a União e a empresa fazem jus aos honorários na proporção de suas vitórias, como defende o embargado.

Segundo o artigo 85, §14, do CPC/2015, “os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial” (grifei).

Essa foi uma das modificações trazidas ao ordenamento jurídico pelo novo Código de Processo Civil, pois o diploma anterior, o CPC de 1973, dispunha que quando ambas as partes fossem em parte vencedor e vencido, autorizada era a compensação dos honorários (art. 21).

Assim, com a entrada em vigor do CPC, a Súmula nº 306 do STJ (*Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte*) perdeu a validade.

Cumpra-se, assim, o que dispõe o artigo 85, §14, do CPC/2015, “o pressuposto da compensação de honorários advocatícios é a constatação fática na Corte de Origem de que o trabalho realizado nos autos por ambas as partes o foi equivalente e que ambas o foram sucumbentes igualmente (princípio da sucumbência) no feito ou que foram igualmente responsáveis pela demanda (princípio da causalidade)” (STJ, AgInt no REsp 1.726.837/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/08/2018).

À vista disso, depreende-se que no regime do CPC/1973 - situação dos presentes autos - tal compensação estava autorizada pela Súmula nº 306 do STJ.

Com efeito, o acórdão executado reformou a sentença de ID 90324088 - Pág. 133-135, que condenava exclusivamente a União em verba honorária arbitrada em 10% sobre o valor da condenação, e decidiu o seguinte: "quanto à verba honorária, entendo que a autora decaiu de parte considerável do pedido, uma vez que pretendia a restituição do FINSOCIAL em sua integralidade. Assim, é de se aplicar o disposto no Art. 21 do CPC" (ID 90324089 - Pág. 13).

Registre-se que a jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que o regramento sobre os honorários sucumbenciais submete-se à norma processual em vigor à data em que prolatada a sentença, ainda que tal verba seja posteriormente modificada, em observância à teoria do isolamento dos atos processuais (*tempus regit actum*) que rege as regras de direito intertemporal no ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe destacar, ademais, que a sucumbência das partes em questão, como consignado pelo juízo *a quo*, se deu em 50% (cinquenta por cento) para cada, pois a empresa Julie Joy Ind. e Com. Ltda pleiteava na ação ordinária a restituição do que recolheu indevidamente, a título de FINSOCIAL, após o advento da Lei nº 7.689/88, todavia, o acórdão transitado em julgado acolheu em parte a apelação da União, bem como a remessa necessária, para que a restituição do tributo ao contribuinte não se desse em sua integralidade, mas apenas quando excedesse a alíquota de 0,5%, a partir da entrada em vigor da Lei nº. 7.787/89 e as outras que lhe seguiram, até a revogação do Decreto-Lei 1.940/82 pela Lei Complementar 70/91.

A parte embargada, inclusive, mencionou em sua petição de ID 90324089 - Pág. 109-111 o seguinte: "considerando-se que a decisão transitada em julgado acabou por reconhecer a 'invalidade parcial' da cobrança do FINSOCIAL em períodos que não foram objeto de recolhimento pela parte autora (meses de competência de novembro/89 a março/92), surge a necessidade de se apurar o valor do FINSOCIAL tido por indevido e o que ficou validado em tal período" (grifei).

E mais, nos cálculos de ID 90324089 - Pág. 114-115, apresentados pelo embargado e com os quais a embargante concordou, consta somente dois meses em que o FINSOCIAL foi recolhido indevidamente, relativos às competências de setembro e outubro de 1989, a demonstrar, portanto, que ambas as partes sucumbiram em idêntica proporção e, diante da compensação da verba honorária, não há mais honorários a serem executados, devendo a r. sentença ser mantida como lançada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS. CABIMENTO. ART. 21 DO CPC/1973. SÚMULA 306 DO STJ. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O cerne da questão é saber se a verba honorária fixada nos termos do artigo 21 do CPC/1973 já foi compensada entre as partes, como afirma a embargante, ou se a União e a empresa fazem jus aos honorários na proporção de suas vitórias, como defende o embargado.

2. Segundo o artigo 85, §14, do CPC/2015, "*os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial*".

3. Essa foi uma das modificações trazidas ao ordenamento jurídico pelo novo Código de Processo Civil, pois o diploma anterior, o CPC de 1973, dispunha que quando ambas as partes fossem em parte vencedor e vencido, autorizada era a compensação dos honorários (art. 21).

4. "*O pressuposto da compensação de honorários advocatícios é a constatação fática na Corte de Origem de que o trabalho realizado nos autos por ambas as partes o foi equivalente e que ambas o foram sucumbentes igualmente (princípio da sucumbência) no feito ou que foram igualmente responsáveis pela demanda (princípio da causalidade)*" (STJ, AgInt no REsp 1.726.837/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/08/2018).

5. No regime do CPC/1973 - situação dos presentes autos - tal compensação estava autorizada pela Súmula nº 306 do STJ, pois a jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que o regramento sobre os honorários sucumbenciais submete-se à norma processual em vigor à data em que prolatada a sentença, ainda que tal verba seja posteriormente modificada, em observância à teoria do isolamento dos atos processuais (*tempus regit actum*) que rege as regras de direito intertemporal no ordenamento jurídico brasileiro.

6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006171-40.2020.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: PAULO FARIAS FIRMINO

Advogados do(a) PARTE AUTORA: NORMA DOS SANTOS MATOS VASCONCELOS - SP205321-A, PRISCILLA MILENA SIMONATO DE MIGUELI - SP256596-A, GEISLA LUARA SIMONATO - SP306479-A, THAIS PEREIRA SALLES - SP447457-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial emmandado de segurança deferido para garantir apreciação de pedido administrativo de revisão de benefício previdenciário.

Não houve recurso voluntário.

É o relatório.

DECIDO.

Nos termos do artigo 932, CPC, incumbe ao relator, por decisão monocrática: **não conhecer de recurso** inadmissível, prejudicado ou não impugnado em específico quanto aos fundamentos da decisão recorrida (inciso III); **negar provimento a recurso** contrário a súmulas de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso IV, a), a julgados repetitivos de Cortes Superiores (inciso IV, b) e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso IV, c); e, facultadas contrarrazões, **dar provimento ao recurso** se a decisão recorrida contrariar súmula de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso V, a), julgado repetitivo de Cortes Superiores (inciso V, b), e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso V, c).

Segundo a Corte Superior, a legislação processual também permite “ao relator decidir monocraticamente o recurso, quando amparado em **jurisprudência dominante ou Súmula de Tribunal Superior**, consoante exegese do art. 932, IV e V, do CPC/2015. Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno” (AgInt nos EDcl no CC 139.267/PE, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 18/11/2016).

Em se tratando de remessa oficial, dispõe o artigo 496, § 4º, CPC, sobre as hipóteses em que a sentença não se sujeita ao reexame obrigatório, em equivalência com hipóteses versadas no artigo 932, CPC, reforçando a conclusão de que a sentença que se conforme à jurisprudência consolidada não deve ser admitida, através de recurso voluntário, seja de remessa oficial.

Na espécie, discute-se a mora administrativa em observar prazo legal em procedimento administrativo, violando, em específico, regras da Lei 9.784/1999 (artigos 24, 49 e 59, § 1º), além do princípio da duração razoável do processo (artigos 37, *caput*, CF, e 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999).

Encontra-se consolidada, a propósito, a jurisprudência sobre a matéria, conforme revelam, entre outros, os seguintes arestos, inclusive da Corte Superior:

MS 24.745, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 06/09/2019: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NÃO OBSERVADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Trata-se de Mandado de Segurança que tem como base o excesso de prazo para análise de pedido administrativo, datado de 6.3.2018, de substituição da CNTV pela impetrante na Comissão Consultiva para Assuntos de Segurança Privada - CCASP, o que não é negado pela autoridade impetrada. 2. Diante do longo lapso temporal, é irrelevante averiguar culpa de terceiros ou complexidade da matéria no trâmite, já que a razoável duração do processo, garantia individual desrespeitada na hipótese, impõe à Administração, como um todo, resposta à tutela pleiteada em tempo adequado, situação não constatada na hipótese. 3. “O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, ‘a’, da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta. (...) A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1º, caput, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009” (MS 19.132/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 27.3.2017). 4. A autoridade impetrada deve, no prazo do art. 49 da Lei 9.784/1999, decidir o requerimento administrativo. 5. Mandado de Segurança concedido.”

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.”

Na espécie, o requerimento administrativo foi protocolado em 02/05/2017 (ID 147765704) e somente analisado em 29/09/2020 (ID 147765788), após a concessão da segurança, revelando que a sentença encontra-se em plena conformidade com a jurisprudência consolidada, a ser aplicada para prestigiar a celeridade e a eficiência especialmente no trato de pedido de natureza previdenciária ou assistencial pelo caráter alimentar da prestação, reforçando-se o acerto do julgado diante da própria falta de recurso voluntário da autarquia.

Ante o exposto, com fundamento no 496, § 4º, II, do CPC, não conheço da remessa oficial.

Oportunamente, baixem-se os autos à vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005404-98.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: EBM-PAPST MOTORES VENTILADORES LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: ENOS DA SILVA ALVES - SP129279-A, RENATO SODERO UNGARETTI - SP154016-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005404-98.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: EBM-PAPSTMOTORES VENTILADORES LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: ENOS DA SILVA ALVES - SP129279-A, RENATO SODERO UNGARETTI - SP154016-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **EBM-PAPST Motores Ventiladores Ltda.**, em face da sentença que julgou improcedente o pedido tendente a reconhecer a não incidência do IPI sobre os produtos importados pela autora, quando da saída do estabelecimento para a comercialização no mercado interno.

A apelante, alega, em síntese, que:

a) o IPI já fora recolhido quando do desembaraço aduaneiro, não realizando, qualquer operação de beneficiamento ou industrialização que modifique a natureza do produto, para nova incidência tributária;

b) a exação viola o art. 150, inciso II da Constituição Federal, o direito de propriedade, o princípio da capacidade tributária e da vedação ao confisco;

c) foi concedida liminar, pelo Supremo Tribunal Federal, na medida cautelar n.º 4.219.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005404-98.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: EBM-PAPSTMOTORES VENTILADORES LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: ENOS DA SILVA ALVES - SP129279-A, RENATO SODERO UNGARETTI - SP154016-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): De início, saliente-se que o reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 946.648), por si só, não enseja o sobrestamento, em grau de apelação, dos processos que versam sobre a mesma matéria, à míngua de determinação expressa do relator do respectivo recurso extraordinário, consoante dispõe o art. 1.035, §5º, do CPC/2015. Ademais, a tutela de urgência concedida pelo STF na Ação Cautelar 4129 MC/DF tem sua eficácia restrita às partes daquela demanda, de modo que seu resultado não beneficia a impetrante.

Passo ao exame do mérito.

De fato, as decisões anteriormente proferidas alinhavam-se à orientação firmada em precedentes desta Corte, desta Turma e de julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais não há fato gerador do IPI quando não verificada a realização de processo de transformação, beneficiamento ou industrialização do produto importado no território nacional.

Ocorre, porém, que, ressalvado o entendimento firmado nesta Corte, a questão veio a ser objeto de reexame pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EREsp n.º 1.403.532/SC, na sistemática dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Veja-se:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. *Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.*

2. *Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.*

3. *Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.*

4. *Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. n.º 1.411749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.*

5. *Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".*

6. *Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (EREsp 1.403.532/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.10.2015, D.J.e. 18.12.2015)*

Assim, em mudança de paradigma, passou o Superior Tribunal de Justiça a entender que consistem fatos geradores distintos: i) o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior; ii) a saída do produto industrializado do estabelecimento importador, equiparado a estabelecimento produtor.

No entender daquela Colenda Corte, ambas as hipóteses estão sujeitas à incidência do IPI, sem que com isso haja quebra de isonomia, tampouco *bis in idem*, dupla tributação ou bitributação. Isso porque a primeira tributação (no momento do desembaraço aduaneiro) recai sobre o preço de compra, no qual está embutida a margem de lucro da empresa estrangeira, ao passo que a segunda tributação (no momento da saída do produto industrializado do estabelecimento) incide sobre o preço de venda, onde já está incluída a margem de lucro da empresa brasileira importadora.

Com base nessa exegese, o Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese, para efeito do artigo 543-C do Código de Processo Civil: *"os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil."*

Tem-se, ainda, que como o IPI é um imposto não-cumulativo, do valor devido na venda do produto no mercado nacional será deduzido o valor do mesmo imposto pago no desembaraço aduaneiro, de acordo como disposto no artigo 226 do Decreto n.º 7.712/2010.

Sendo assim, a jurisprudência do STJ e desta Corte já vem se alinhando a esse novo entendimento, como se denota nos seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010). TEMA JÁ JULGADO EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. *Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda.*

2. *Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.*

3. *Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.*

4. *Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min.*

Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013; AgRg no AgRg no REsp 1.373.734/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013 DJe 11/12/2013.

5. *Tema já julgado no recurso representativo da controvérsia EREsp.*

n. 1.403.532-SC, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 14.10.2015.

6. *Agravo regimental não provido."*

(AgRg no REsp 1437778/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 29/02/2016)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. APELO E RAZÕES DISSOCIADAS. REMESSA OFICIAL. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IPI. FATO GERADOR. SAÍDA DE PRODUTO ESTRANGEIRO DE ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. INCIDÊNCIA. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA E REMESSA OFICIAL PROVIDA. 1. Não se conhece da apelação, que veicula razões dissociadas do objeto da causa. 2. Firmada, pela Corte Superior, o entendimento pela viabilidade e autonomia das operações de desembaraço aduaneiro e circulação a partir do estabelecimento do importador, sem quebra de isonomia, à luz da natureza e origem da atividade e do bem envolvido nas situações discutidas, a justificar a exigibilidade do IPI do produto importado, quando de sua saída para revenda, ainda que sem sofrer nova transformação, beneficiamento ou industrialização. 3. Firmada, a propósito, a jurisprudência no sentido de que assim é porque a legislação equipara o importador ao industrial, sem que se cogite de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, visto que a incidência no desembaraço aduaneiro alcança o preço de compra, com inclusão da margem de lucro do produtor; enquanto que a incidência na saída do estabelecimento considera o preço da venda, no qual incluída a margem de lucro da importadora, sem que seja, tampouco, vislumbrada oneração excessiva da cadeia produtiva em razão da possibilidade de crédito do IPI pago no desembaraço para uso na operação posterior. 4. Sujeita, portanto, a resolução da espécie ao precedente, firmado sob o rito do artigo 543-C, CPC/1973, dispondo que "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil" (Embargos de Divergência no RESP 1.403.532, Rel. p/ acórdão Min. MAURO CAMPBELL, publicado no DJe 18/12/2015). 5. Aplicada tal orientação a partir da norma concreta de incidência, cuja materialidade foi reconhecida como presente na operação de saída para revenda de bem estrangeiro do estabelecimento do importador (artigo 46, CTN), não se pode cogitar de eventual vício de inconstitucionalidade à luz de norma de alcance mais abstrato, carente de densidade normativa concreta e específica, para fins de desconstituir a presunção de constitucionalidade da norma e da incidência fiscal discutida. 6. Apelação não conhecida e remessa oficial provida." (APELREEX 00032339120154036100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO..) (grifei)

"TRIBUTÁRIO - IPI - IMPORTAÇÃO DE PRODUTO INDUSTRIALIZADO - REVENDA DA MERCADORIA IMPORTADA - INCIDÊNCIA - BIS IN IDEM QUE NÃO SE CARACTERIZA 1. O Decreto n. 87.981/82, em seu artigo 107, inciso I, previa que o recolhimento do tributo deveria se dar no momento do desembaraço aduaneiro, nos casos de importação de mercadorias. 2. A operação de venda e o desembaraço aduaneiro de um produto são duas operações separadas e independentes. São fatos geradores diferentes para o mesmo imposto. O IPI deve incidir tanto na importação quanto na venda do produto (REsp 1403532/SC) 3. Não se vislumbra ocorrência de bis in idem aventado, considerando que a lei elege dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; 4. Apelação e remessa oficial providas." (AMS 00041779320154036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/05/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO..) (grifei)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. IPI. INCIDÊNCIA SOBRE REVENDA DE MERCADORIA IMPORTADA, SEM QUALQUER ALTERAÇÃO, JÁ TRIBUTADA NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. FATOS GERADORES DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ISONOMIA. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. 1. A matéria está sedimentada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no julgamento do REsp nº 1.403.532/SC, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, motivo pelo qual o julgamento por decisão monocrática do relator era perfeitamente cabível, nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil. 2. A adoção do entendimento firmado pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.403.532/SC independe da publicação ou do trânsito em julgado do acórdão paradigma, conforme entendimento do STJ e do STF. 3. Questiona-se acerca da possibilidade de incidência do IPI na operação de revenda de mercadoria, sem qualquer alteração, para o mercado interno, pelo importador que já pagou o mesmo tributo quando do desembaraço aduaneiro; noutro dizer, questiona-se a dupla incidência do IPI, ou seja, uma primeira quando do desembaraço aduaneiro, e uma segunda no momento em que o importador promove a saída do produto de seu estabelecimento para revenda. 4. Quanto ao primeiro momento da hipótese de incidência do IPI, no desembaraço aduaneiro, sua disciplina legal se encontra diretamente no artigo 46, I, c/c o artigo 51, I, ambos do Código Tributário Nacional. 5. Além disso, também é fato gerador do IPI a saída desse produto do estabelecimento de um importador; de um industrial, de um comerciante ou de um arrematante (art. 46 c/c. art. 51, § único, do CTN). Quando o importador paga o IPI é óbvio que o faz nessa condição, e não como equiparado ao industrial. 6. O objeto de incidência do IPI (tributo extrafiscal) não é o fenômeno econômico da industrialização, mas sim o produto industrializado, de acordo com o artigo 153, IV, da Constituição Federal, modo que será tributado pelo IPI o produto industrializado em duas situações juridicamente distintas, dissociadas material e temporalmente: o desembaraço aduaneiro de mercadoria alienígena desembaraçada no país e a saída dessa mesma mercadoria do estabelecimento do importador, equiparado à industrial, sempre observada a regra da não cumulatividade. 7. Ainda, tratando-se de um imposto não-cumulativo, do valor do IPI devido na venda do produto no mercado nacional, será deduzido o valor do mesmo imposto pago no desembaraço aduaneiro, o que reduz a base impositiva dessa segunda operação (alienação interna) ao valor adicionado à primeira, conforme dispõe o artigo 226 do Decreto nº 7.712/2010. 8. É de se registrar que as duas Turmas da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça/STJ apresentavam decisões no sentido do exposto: EDcl no REsp 1435282/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014 – REsp 1429656/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014 – AgRg no AgRg no REsp 1373734/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 11/12/2013. Essa posição restou adotada no julgamento – em sede de recurso repetitivo – do REsp 1.403.532/SC (proc. 2014.0034746-0, da 4ª Região), por maioria, nos termos do voto do Ministro MAURO CAMPBELL. 9. Inexistência de violação ao princípio da isonomia. 10. Agravo legal improvido." (AC 00119771220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/06/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO..)

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IPI. DESEMBARAÇO ADUANEIRO E SAÍDA DE PRODUTO ESTRANGEIRO DE ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. FATOS GERADORES DISTINTOS. INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO À ISONOMIA E BIS IN IDEM, DUPLA TRIBUTAÇÃO OU BITRIBUTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ERESP 1.403.532/SC. ART. 543-C DO CPC/73.

1. O reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 946.648), por si só, não enseja o sobrestamento, em grau de apelação, dos processos que versam sobre a mesma matéria, à míngua de determinação expressa do relator do respectivo recurso extraordinário, consoante dispõe o art. 1.035, §5º, do CPC/2015. Ademais, a tutela de urgência concedida pelo STF na Ação Cautelar 4129 MC/DF tem sua eficácia restrita às partes daquela demanda, de modo que seu resultado não beneficia a impetrante.

2. As decisões anteriormente proferidas alinhavam-se à orientação firmada em precedentes desta Corte, desta Turma e de julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais não há fato gerador do IPI quando não verificada a realização de processo de transformação, beneficiamento ou industrialização do produto importado no território nacional.

3. Ocorre, porém, que, ressalvado o entendimento firmado nesta Corte, a questão veio a ser objeto de reexame pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp 1.403.532/SC, na sistemática dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

4. Em mudança de paradigma, passou o Superior Tribunal de Justiça a entender que consistem em fatos geradores distintos: i) o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior; ii) a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor.

5. No entender daquela Colenda Corte, ambas as hipóteses estão sujeitas à incidência do IPI, sem que com isso haja quebra de isonomia, tampouco bis in idem, dupla tributação ou bitributação.

6. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5025604-86.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: HILARIO BERALDO

Advogado do(a) AGRAVADO: OLAVO PELEGRINA JUNIOR - SP107276

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5025604-86.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: HILARIO BERALDO

Advogado do(a) AGRAVADO: OLAVO PELEGRINA JUNIOR - SP107276

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **UNIÃO**, contra a r. decisão proferida nos autos de embargos à execução nº 0005537-39.2015.4.03.6108, movida em face de HILARIO BERALDO, em trâmite perante o Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Bauru/SP, que determinou que o valor relativo aos honorários sucumbenciais fossem integralmente revertidos em favor da União.

Alega a agravante, em síntese, que:

a) *“os honorários de sucumbência não saem dos cofres públicos, não ostentam natureza de despesa corrente, tal como definida pela Lei nº 4.320/64, razão porque não se justifica dispensar a eles o mesmo tratamento dado à remuneração suportada pelo Erário;*

b) *os agentes públicos não estão proibidos de receberem verbas privadas, e que essa situação ocorre em outras oportunidades em que a legislação permite, a exemplo no caso de desempenho da função de magistrado;*

Intimada, a parte agravada não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5025604-86.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: HILARIO BERALDO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal convocada Denise Avelar (Relatora):

A controvérsia presente nos autos refere-se à possibilidade de pagamento de honorários advocatícios a advogados públicos, nas demandas em que a Fazenda Pública Federal sair vencedora.

A Lei nº 13.327/16 ao tratar dos honorários sucumbenciais alterou a sua qualificação, e com isso a referida verba deixou de ser considerada um recurso estatal, e passou a ter reconhecida sua condição de remuneração dos advogados públicos, equiparando o tratamento legal destes àquele dispensado advogados privados, no que tange à verba sucumbencial.

Assim sendo, não se há inconstitucionalidade no art. 29 da Lei nº 13.327/2016, tendo em vista que inexistente incompatibilidade entre o regime de remuneração por subsídio previsto no art. 37 da Constituição Federal, o qual requer o pagamento pelo Poder Público em parcela única, e o recebimento dos honorários sucumbenciais, tendo em vista que esta rubrica é paga pela parte vencida, isto é, pelo particular.

Veja-se, pois, a legislação de regência acerca do tema, in verbis:

Art. 85, do CPC. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor:

(...)

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

Art. 27, Lei nº 13.327/2016. Este Capítulo dispõe sobre o valor do subsídio, o recebimento de honorários advocatícios de sucumbência e outras questões que envolvem os ocupantes dos cargos:

I - de Advogado da União;

II - de Procurador da Fazenda Nacional;

III - de Procurador Federal;

IV - de Procurador do Banco Central do Brasil;

V - dos quadros suplementares em extinção previstos no art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001.

(...)

Art. 29, Lei nº 13.327/2016. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais pertencem originariamente aos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo.

Parágrafo único. Os honorários não integram o subsídio e não servirão como base de cálculo para adicional, gratificação ou qualquer outra vantagem pecuniária.

O E. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a matéria, firmando entendimento de que os honorários advocatícios de sucumbência pertencem aos advogados públicos. Senão, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 03/STJ. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 489 E 1.022 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. ATO CONCRETO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTROVÉRSIA QUE EXIGE ANÁLISE DE PORTARIA. MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE APRECIÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. TITULARIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO. LEI 13.327/2016. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Inexiste violação aos artigos 489 e 1.022 do CPC/2015, quando não se vislumbra omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido capaz de torná-lo nulo, especialmente se o Tribunal a quo apreciou a demanda de forma clara e precisa.

2. É vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.

3. A prescrição da pretensão, por ser de reenquadramento funcional, atinge o próprio fundo de direito e está em sintonia com a jurisprudência firmada no âmbito deste e. STJ.

4. A via especial é inadequada para análise de Portarias, Resoluções, Regimentos, ou qualquer outro tipo de norma que não se enquadre no conceito de Lei Federal.

5. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais pertencem ao advogado público.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 801.104/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 13/10/2016)

Outrossim, a jurisprudência desta E. Corte segue adotando o mesmo posicionamento:

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DE ADVOGADOS PÚBLICOS. SISTEMA REMUNERATÓRIO POR SUBSÍDIO. NÃO VERIFICADA INCOMPATIBILIDADE. LEI 13.327/16. CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de pagamento de honorários advocatícios a advogados públicos, nas causas em que a Fazenda Pública Federal restar vencedora.

2. Nos termos do art. 85, §19º atual Código de Processo Civil e da Lei 13.327/16, os honorários sucumbenciais deixaram se de qualificar enquanto recurso estatal, e passaram a ter reconhecida a condição de remuneração dos advogados públicos, em equivalência ao ocorre em relação à advocacia privada.

3. Não se vislumbra inconstitucionalidade, pois apesar de o regime de remuneração por subsídio prever pagamento em parcela única, a verba honorária não é paga pelo Poder Público, mas sim pela parte sucumbente na demanda.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5010513-53.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 03/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/07/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. ADVOGADOS PÚBLICOS. LEI N. 13.327/2016. RECURSO PROVIDO.

1. Os honorários advocatícios sucumbenciais em favor da União Federal, nos termos dos artigos 27 e 29 da Lei n. 13.327/2016, pertencem aos advogados públicos.

2. Nesse sentido é a jurisprudência do C. STJ e do E. TRF da 3ª Região. Precedentes.

3. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028141-89.2018.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado NOEMI MARTINS DE OLIVEIRA, julgado em 17/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 20/02/2020)

APELAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. COMPENSAÇÃO DESTINAÇÃO. PROCURADOR PÚBLICO.

1 - Verifica-se que o artigo 85, § 19, do CPC dispõe: "Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei".

2 - A Lei nº 13.327/16, dentre outros temas, dispôs sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações, especificamente nos arts. 27 a 36.

3 - A sentença deve ser reformada, ressaltando que o pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais aos advogados públicos deverá ser feita nos termos de lei específica.

4 - Recurso provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000340-89.2018.4.03.6115, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 09/11/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/11/2018)

Destarte, merece reforma a decisão agravada, para determinar o pagamento dos honorários na forma indicada pela advocacia pública, de modo a garantir que a verba seja revertida aos integrantes das carreiras que a integram

Ante o exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento.**

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. VERBA PAGA PELA PARTE VENCIDA. VERBA PERTENCENTE AOS ADVOGADOS PÚBLICOS. RECURSO PROVIDO.

1 A Lei nº 13.327/16 ao tratar dos honorários sucumbenciais alterou a sua qualificação, e com isso a referida verba deixou de ser considerada um recurso estatal, e passou a ter reconhecida sua condição de remuneração dos advogados públicos.

2 O E. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a matéria, firmando entendimento de que os honorários advocatícios de sucumbência pertencem aos advogados públicos, no que é seguido também por esse C. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3 Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007954-93.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: BANCO SAFRAS A, BANCO J. SAFRAS A

Advogados do(a) APELANTE: MARCELA FERNANDES MUNIZ DE MELO - SP283650-A, FABRICIO RIBEIRO FERNANDES - SP161031-A

Advogados do(a) APELANTE: FABRICIO RIBEIRO FERNANDES - SP161031-A, MARCELA FERNANDES MUNIZ DE MELO - SP283650-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007954-93.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: BANCO SAFRAS A, BANCO J. SAFRAS A

Advogados do(a) APELANTE: MARCELA FERNANDES MUNIZ DE MELO - SP283650-A, FABRICIO RIBEIRO FERNANDES - SP161031-A

Advogados do(a) APELANTE: FABRICIO RIBEIRO FERNANDES - SP161031-A, MARCELA FERNANDES MUNIZ DE MELO - SP283650-A

APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM SÃO PAULO - DEINF, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação, em mandado de segurança preventivo impetrado pelo **BANCO J. SAFRAS/AE OUTROS**, como objetivo de obter provimento jurisdicional para excluir os valores referentes a despesas com comissões pagas a correspondentes bancários da base de cálculo do PIS e COFINS, nos termos do artigo 3º, § 6º, inciso I, alínea 'a', da Lei nº 9.718/98.

A liminar foi indeferida (Id 1123384871, p. 1-3).

Na sentença (Id 123384938, p. 1-4), o Juízo *a quo* denegou a segurança pleiteada.

Emsede de apelação (Id 123384943, p. 2-11), alegou a parte impetrante, em síntese, que:

(a) possui o direito líquido e certo de deduzir da base de cálculo do PIS e da COFINS as despesas com comissões pagas a correspondentes, por se tratar de despesas incorridas nas operações de intermediação financeira, cuja dedução da base de cálculo do PIS e da COFINS é expressamente autorizada pelo artigo 3º, § 6º, inciso I, alínea 'a', da Lei nº 9.718/98;

(b) embora a sentença apelada tenha considerado inquestionável a dedução de despesas com intermediação financeira da base de cálculo do PIS/COFINS, não classificou como despesa de intermediação financeira as comissões pagas aos correspondentes bancários por entender não se tratar de operações financeiras envolvendo os títulos e valores mobiliários;

(c) intermediação financeira é uma atividade que consiste na captação de recursos por instituições financeiras junto às unidades econômicas superavitárias, com o consequente repasse para unidades econômicas deficitárias, sendo atividade típica de instituições financeiras, nos termos do art. 17 da Lei nº 4.595/64 – assim, a partir do conceito de intermediação financeira, torna-se claro que as despesas incorridas nas operações de intermediação financeira são as despesas inerentes à atividade de intermediação financeira, diretamente relacionadas com a sua consecução, que tanto podem ser despesas incorridas com a captação de recursos (operações passivas) como despesas incorridas com a aplicação de recursos (operações ativas);

(d) exatamente por isso, o art. 1º, inciso III, 'a', da Lei nº 9.701/98 que até então permitia apenas a dedução da base de cálculo do PIS e COFINS das despesas com captação no mercado interfinanceiro (operações passivas), foi ampliado, possibilitando a dedução de despesas incorridas nas operações de intermediação financeira de uma forma geral, englobando a totalidade das despesas com captação (operações passivas) e aplicação de recursos (operações ativas);

(e) as apelantes firmam Contrato de Prestação de Serviço de Correspondente com um autônomo (agentes financeiros), que atuam tanto nas operações passivas (captando para CDB, poupança, depósitos, etc), quanto nas operações ativas (empréstimos, financiamentos, etc), nos termos do art. 8º da Resolução nº 3.954/2011;

(f) caso não houvesse a contratação dos correspondentes, as referidas operações de crédito possivelmente sequer existiriam, uma vez que os clientes das instituições financeiras não teriam outro meio para contratação de tais recursos, demonstrando a essencialidade da contratação de correspondente, o que, inclusive, foi veiculado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 236/DF;

(g) o inciso I do § 6º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 não estabelece qualquer restrição à dedução das despesas incorridas nas operações de intermediação financeira – o enunciado do art. 1º, inciso III, 'a', da Lei nº 9.701/98 foi ampliado pelo referido inciso I do § 6º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, passando a possibilitar a dedutibilidade da totalidade de despesas incorridas nas operações de intermediação financeira (operações passivas e ativas), não havendo que se falar em interpretação ampliativa e ofensa ao art. 111, I, do CTN;

(h) a parte apelante paga os serviços dos correspondentes (agentes financeiros autônomos) em contrapartida à sua atuação diretamente nas operações de captação de recursos e intermediação, atividades ligadas ao seu objeto social, não se enquadrando como despesas administrativas estas mais ligadas à manutenção da atividade do objeto social propriamente dito, e tampouco como despesas de pessoal, uma vez que, conforme o regulamento do CMN, os agentes atuam autonomamente, sem vínculo de emprego, mediante emissão de nota fiscal.

Com contrarrazões da União (Id 123384947, p. 2-9), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007954-93.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: BANCO SAFRAS A, BANCO J. SAFRAS.A

Advogados do(a) APELANTE: MARCELA FERNANDES MUNIZ DE MELO - SP283650-A, FABRICIO RIBEIRO FERNANDES - SP161031-A

Advogados do(a) APELANTE: FABRICIO RIBEIRO FERNANDES - SP161031-A, MARCELA FERNANDES MUNIZ DE MELO - SP283650-A

APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM SÃO PAULO - DEINF, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O presente mandado de segurança foi impetrado pelo BANCO J. SAFRAS/A e outros, com o objetivo de excluir os valores referentes a despesas incorridas nas operações de intermediação financeira da base de cálculo do PIS e COFINS nos termos do artigo 3º, § 6º, I, "a", Lei 9.718/1998.

No caso, a parte impetrante, instituição financeira, sustenta que referido art. 3º § 6º, inciso I, alínea 'a', da Lei nº 9.718/98, possibilita às instituições financeiras deduzirem do faturamento as "despesas incorridas nas operações de intermediação financeira", na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS, *verbis*:

"Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

[...]

§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para os efeitos da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.

§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir:

I - no caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas de crédito:

a) despesas incorridas nas operações de intermediação financeira"

Por sua vez, os "correspondentes bancários" ou "agentes autônomos de investimento (AAI), são entidades contratadas pelas instituições financeiras com função de efetuar "atividades de atendimento, visando ao fornecimento de produtos e serviços de responsabilidade da instituição contratante a seus clientes e usuários", recebendo comissões por tais atuações.

As atribuições respectivas encontram-se dispostas no artigo 8º da Resolução BCB nº 3.954/2011:

"Art. 8º O contrato de correspondente pode ter por objeto as seguintes atividades de atendimento, visando ao fornecimento de produtos e serviços de responsabilidade da instituição contratante a seus clientes e usuários:

I - recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança mantidas pela instituição contratante;

II - realização de recebimentos, pagamentos e transferências eletrônicas visando à movimentação de contas de depósitos de titularidade de clientes mantidas pela instituição contratante;

III - recebimentos e pagamentos de qualquer natureza, e outras atividades decorrentes da execução de contratos e convênios de prestação de serviços mantidos pela instituição contratante com terceiros;

IV - execução ativa e passiva de ordens de pagamento cursadas por intermédio da instituição contratante por solicitação de clientes e usuários;

V - recepção e encaminhamento de propostas referentes a operações de crédito e de arrendamento mercantil de concessão da instituição contratante;

VI - recebimentos e pagamentos relacionados a letras de câmbio de aceite da instituição contratante;

VII (Revogado)

VIII - recepção e encaminhamento de propostas de fornecimento de cartões de crédito de responsabilidade da instituição contratante; e

IX - realização de operações de câmbio de responsabilidade da instituição contratante, observado o disposto no art. 9º.

Parágrafo único. Pode ser incluída no contrato a prestação de serviços complementares de coleta de informações cadastrais e de documentação, bem como controle e processamento de dados.”

Conforme jurisprudência deste Tribunal Regional, o “correspondente bancário” ou “agente autônomo de investimento” (AAI) não executa atividade de “intermediação financeira”, mas apenas realiza operações de cunho estritamente administrativo, no intuito de intermediar e facilitar a relação entre a instituição e seus clientes, o que, portanto, afasta a possibilidade de caracterização dos valores pagos como despesa dedutível a título de comissões de intermediação financeira. Neste sentido, *in verbis*:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DE “DESPESAS INCORRIDAS NAS OPERAÇÕES DE INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA”. ARTIGO 3º, §6º, I, “a”, LEI 9.718/1998. COMISSÃO DE CORRESPONDENTE BANCÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO DE INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA. ATRIBUIÇÕES MERAMENTE ADMINISTRATIVAS E BUROCRÁTICAS. ARTIGO 111, CTN. EXIGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO LITERAL.

1. A intermediação financeira envolve atividade de captação de recursos financeiros de poupadores e sua concessão a tomadores de crédito, sendo a instituição financeira remunerada pela diferença entre os juros e os encargos devidos pelo tomador e aqueles a serem pagos ao poupador, o assim denominado “spread bancário” (artigo 17 da Lei 4.595/1964).

2. O artigo 3º, §6º, I, “a”, da Lei 9.718/1998 possibilita às instituições financeiras deduzir do faturamento as “despesas incorridas nas operações de intermediação financeira”, na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS

3. A autora é instituição de arrendamento mercantil, realizando contratos de “correspondente bancário” com concessionárias de veículos. Estas, na negociação de venda de automóveis, adotam, na qualidade de “correspondentes bancários”, procedimentos de cunho administrativo e burocrático em nome da instituição financeira, para pactuação de contratos de crédito e arrendamento mercantil entre a apelante e o cliente, recebendo daquela valores de comissão.

4. O “correspondente bancário” não executa atividade de “intermediação financeira”, mas apenas realiza operações de cunho estritamente administrativo, no intuito de intermediar e facilitar a relação entre a instituição e seus clientes, o que, portanto, afasta a possibilidade de caracterização dos valores pagos como despesa dedutível a título de comissões de intermediação financeira.

5. É inviável interpretar-se extensivamente o comando do artigo 3º, §6º, I, “a”, da Lei 9.718/1998, para alcançar a comissão dos “correspondentes bancários”, tendo em vista que, além de dispor o artigo 1º, §1º, da Lei 9.701/1998 que “é vedada a dedução de qualquer despesa administrativa”, tratando-se tal dedução de hipótese de exclusão tributária, o artigo 111, CTN, prescreve a exigência de interpretação literal.

6. Apelação desprovida.”

(AC 5007748-16.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, Intimação via sistema: 29/10/2020)

“TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS - ART. 3º, § 6º, I, “a” DA LEI Nº 9.718/98 - DEDUÇÕES E EXCLUSÕES - INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.

1. Consoante previsão do art 3º, § 6º, I, “a”, da lei nº 9.718/98 as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, poderão excluir ou deduzir, da base de cálculo do PIS e da COFINS as despesas de operações de intermediação financeira.

2. O artigo 111, I, do Código Tributário Nacional dispõe que em se tratando de suspensão ou exclusão de crédito tributário, a legislação tributária deve ser interpretada de forma literal.

3. O disposto nos art. 3º, § 6º, I, “a”, da Lei nº 9.718/98, não pode ser interpretado extensivamente para assegurar à autora o creditamento pretendido, visto que as hipóteses de exclusão do crédito tributário devem ser interpretadas literalmente e restritivamente, não comportando exegese extensiva, à luz do art. 111, I do CTN.

4. A dedução das despesas incorridas nas operações de intermediação financeira abrange apenas aquelas realizadas diretamente pelo contribuinte na consecução de sua própria atividade. Assim são as despesas decorrentes das próprias operações financeiras envolvendo os títulos e valores mobiliários, mas não as despesas ou comissões pagas a terceiros pela apresentação de novos clientes.”

(AC 0021267-61.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, DJe de 18/09/2015)

De fato, as despesas em operações de intermediação financeira não abrangem, para efeito da base de cálculo de contribuições sociais, as remunerações pagas a correspondentes bancários, restringindo-se à atividade exercida pela própria instituição financeira, por meio da utilização de suas agências.

Assim, caso terceiros assumam a aproximação nos negócios com clientes, mediante a dispensa de estabelecimentos secundários, os custos da intermediação não são imputáveis ao banco; ele simplesmente remunera o prestador de serviço, negando a conexão direta que deve haver entre receita bruta e dedução de despesa efetuada diretamente na obtenção dos recursos (artigo 3º, §6º, I, a, da Lei nº 9.718/1998).

Os desembolsos com as comissões do correspondente integram os encargos administrativos, sendo influentes na quantificação de tributo que compreende o lucro. A tributação da receita bruta exige ingressos provenientes de atividade própria, estendendo-se logicamente às exclusões e deduções, moldadas pela mesma noção de vinculação a estabelecimento específico, sem delegação operacional.

As exclusões e as deduções não deixam de significar um benefício tributário, porquanto a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, segundo a regra de competência constitucional, representa a receita bruta, à qual se revela estranha, a princípio, qualquer subtração de despesa – mais apropriada para a tributação do lucro.

Como o artigo 3º, §6º, I, ‘a’, da Lei nº 9.718/1998 limita a dedução de despesas de intermediação financeira às operações conduzidas pela própria entidade, mediante infraestrutura específica, não há espaço para estender a exegese ao custeio de serviços de terceiros, sob pena de violação ao que dispõe o art. 111, do Código tributário Nacional. Nesse sentido, é o entendimento desta Corte, *in verbis*:

“PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRIBUTÁRIO - PIS - COFINS - PROVISÕES PARA CRÉDITOS DE LIQUIDAÇÃO DUVIDOSA (PCLD) - DEDUÇÃO - INTERPRETAÇÃO LITERAL - IMPOSSIBILIDADE.

1- A dedução tributária, prevista em lei, é hipótese de exclusão do crédito tributário. A aplicação da dedução está sujeita à interpretação literal, nos termos do artigo 111, do Código Tributário Nacional.

2- As despesas relativas à PCLD são estimativas contábeis. Não são efetivas despesas incorridas na atividade financeira.

3- A pretensão do agravante é vedada, nos termos do artigo 111, inciso I, do Código Tributário Nacional. Jurisprudência desta Corte.

4- Agravo de instrumento improvido.”

(AI 5009981-79.2019.4.03.0000, Rel. Juíza Fed. Conv. LEILA MORRISON, DJe de 31/01/2020)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DE “DESPESAS INCORRIDAS NAS OPERAÇÕES DE INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA”. ARTIGO 3º, § 6º, I, “a”, LEI 9.718/1998. COMISSÃO DE CORRESPONDENTE BANCÁRIO. ARTIGO 111, CTN. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O artigo 3º, §6º, I, “a”, da Lei 9.718/1998 possibilita às instituições financeiras deduzir do faturamento as “despesas incorridas nas operações de intermediação financeira”, na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS.
2. A parte impetrante, instituição financeira, alega que está sendo impedida pela autoridade coatora, de deduzir as despesas incorridas com a intermediação financeira promovida pelos “correspondentes bancários”, a despeito do que dispõe o art. 3º § 6º, inciso I, alínea ‘a’, da lei nº 9.718/98, que possibilita às instituições financeiras deduzir do faturamento as “despesas incorridas nas operações de intermediação financeira”, na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS.
3. O “correspondente bancário” não executa atividade de “intermediação financeira”, mas apenas realiza operações de cunho estritamente administrativo, no intuito de intermediar e facilitar a relação entre a instituição e seus clientes, o que, portanto, afasta a possibilidade de caracterização dos valores pagos como despesa dedutível a título de comissões de intermediação financeira. Precedentes.
4. As despesas em operações de intermediação financeira não abrangem, para efeito da base de cálculo de contribuições sociais, as remunerações pagas a correspondentes bancários, restringindo-se à atividade exercida pela própria instituição financeira, por meio da utilização de suas agências, sendo inviável interpretar-se extensivamente o comando do artigo 3º, §6º, I, “a”, da Lei 9.718/1998, para alcançar a comissão dos “correspondentes bancários”, sob pena de violação ao art. 111, do CTN.
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000484-07.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: NESTLE BRASILLTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000484-07.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: NESTLE BRASILLTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **NESTLÉ BRASIL LTDA**, inconformada com a decisão proferida nos autos de embargos à execução fiscal nº 5012199-32.2017.4.03.6182, em trâmite perante o Juízo da 4ª Vara Federal Especializada em Execuções Fiscais da Subseção Judiciária de São Paulo/SP.

O MM. Magistrado de primeiro grau entendeu pela ausência de probabilidade do direito alegado e de risco de dano de difícil ou incerta reparação, o que tornaria inviável o recebimento dos embargos à execução fiscal com efeito suspensivo à execução fiscal.

Alega a agravante, em síntese, que:

a) a execução fiscal encontra-se inteiramente garantida, por meio de penhora de seguro garantia;

b) estariam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, especialmente em razão da possibilidade de liquidação da garantia ofertada na execução fiscal.

A parte contrária apresentou contrarrazões, em que pugnou pelo desprovisionamento do recurso (ID 126750134).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000484-07.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O atual Código de Processo Civil, em seu artigo 919, § 1º, manteve a sistemática do diploma anterior (artigo 739-A, § 1º), de modo que o regime para atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução é *ope iudicis* (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 18. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. p. 1600-1602).

Nesse quadro, impõe-se a manutenção do entendimento pacífico da jurisprudência quanto à aplicação do regramento do diploma processual a respeito dessa matéria nas execuções fiscais, o que foi firmado inclusive na sistemática dos recursos repetitivos:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DO ART. 739-A, § 1º, DO CPC. RESP 1.272.827/PE, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C, CPC. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO EFEITO SUSPENSIVO PRETENDIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ, consolidada no julgamento do Recurso Especial 1.272.827/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que o art. 739-A do CPC aplica-se às execuções fiscais e a atribuição de efeito suspensivo aos Embargos do Devedor está condicionada ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia da execução; verificação, pelo juiz, da relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*) e da ocorrência de grave dano de difícil ou incerta reparação que o prosseguimento da execução possa causar ao executado (*periculum in mora*).

2. No caso, o Tribunal de origem indeferiu a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, por concluir pela inexistência desses requisitos. Nesse contexto, rever a posição do órgão julgador a quo implica, necessariamente, reexame do quadro fático-probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de recurso especial, pela Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1351772/RS, Relator Min. Benedito Gonçalves, STJ - 1ª Turma, DJe de 22.10.2014) (grifei)

Na hipótese dos autos, embora a demanda executiva esteja garantida por meio de seguro garantia, não estão presentes os demais requisitos necessários para a atribuição do efeito suspensivo pleiteado.

Primeiramente, não há elementos a evidenciar, de plano, a probabilidade do direito: o fato de crédito estar garantido na execução fiscal não demonstra que a sua cobrança é indevida.

Tampouco concorre, em princípio, a prova de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, pois a fase atual da execução fiscal não é compatível com qualquer perspectiva de imediata liquidação da garantia nela prestada, o que somente ocorrerá diante de configuração de sinistro, nos termos da legislação de regência.

A propósito, confira-se:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO.

1. A jurisprudência é pacífica quanto à aplicação do artigo 739-A do antigo Código de Processo Civil (atual 919, §1º, do novo CPC) às execuções fiscais, justamente por faltar norma específica quanto ao assunto na LEF.

2. Assim, a suspensão da execução quando da oposição de embargos depende da demonstração dos requisitos para a concessão da tutela provisória, além de prestação de garantia suficiente à satisfação da dívida.

3. No caso, embora a execução esteja devidamente garantida, certo é que não se encontram presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória, seja por urgência, seja por evidência.

4. A petição inicial dos embargos e mesmo as razões do presente recurso não trazem nenhum elemento concreto a demonstrar a urgência a ponto de se necessitar da tutela antecipadamente, não sendo razoável para tanto meras alegações de que o prosseguimento da execução fiscal pode atrapalhar as atividades da empresa.

5. Ademais, a princípio, não há evidência no direito alegado em sede de embargos.

6. Agravo desprovido."

(AI 0021017-14.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/08/2017) (grifei)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RECEBIMENTO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL SEM EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência consagrada do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que as execuções fiscais se sujeitam ao artigo 739-A do Código de Processo Civil, e que a atribuição de efeito suspensivo sobre o executivo fiscal somente é possível em situações excepcionais, não bastando apenas, como antes, a propositura dos embargos com a garantia do Juízo, mas a relevância de seus fundamentos e o risco de dano irreparável.

2. Caso em que, ainda que garantida a execução fiscal, deve-se observar outros requisitos para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor, quais sejam, a relevância dos fundamentos dos embargos do devedor e o risco de grave dano de difícil ou incerta reparação, o que não se verifica no caso concreto.

3. A propósito, basta considerar que a discussão veiculada nos embargos do devedor diz respeito à inexistência de co-responsabilidade da ora agravante, em razão da apuração de grupo econômico, em especial pela suposta falta de prova do vínculo entre as partes quanto à realização dos fatos geradores executados ou descumprimento da legislação tributária, sendo que, a título de prova acerca da relevância jurídica da argumentação, nada foi juntado aos autos, corroborando a convicção de que se trata de matéria fático-probatória permeada de controvérsia, a exigir dilação probatória, não podendo ser reputada provada, desde logo, a versão da embargante e agravante, para conferir efeito suspensivo aos embargos do devedor em caráter excepcional, como exigido pela legislação e jurisprudência.

4. Agravo inominado desprovido."

(AI 0013006-30.2015.4.03.0000, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/09/2015) (grifei)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NÃO PREENCHIDOS TODOS OS REQUISITOS DO ARTIGO 739-A, §1º, DO CPC/73 - VIGENTE À ÉPOCA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O artigo 739-A do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigo 919 do CPC/2015) estabelece que os embargos do devedor não terão efeito suspensivo.

2. A suspensão da execução fiscal em razão da oposição de embargos está condicionada ao atendimento concomitante das circunstâncias previstas § 1º do artigo 739-A do CPC/73, vigente à época da oposição dos embargos.

3. No caso dos autos, não restou evidenciada a relevância nos fundamentos invocados. Ademais, não é possível no atual momento processual incursionar acerca dos argumentos expendidos pela empresa executada, já que esta discussão é própria do mérito dos embargos à execução fiscal e sua análise depende de dilação probatória.

4. Assim, não há porque paralisar o curso da ação executiva uma vez que não foram preenchidos todos os requisitos do § 1º do art. 739-A do CPC/73, para fins de atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução.

5. Agravo interno não provido."

(AI 0014435-95.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal JOHNSOMDI SALVO, TRF3 - Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2017) (grifei)

Desse modo, por não restarem preenchidos os requisitos legais, inviável o deferimento da tutela pretendida para o fim de excepcionar a aplicação do artigo 919, *caput*, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 919, § 1º, DO CPC. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CUMULATIVOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Especial nº 1.272.827/PE, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, pacificou entendimento no sentido de que se aplica o regramento do diploma de direito adjetivo às execuções fiscais.
2. No presente caso, embora a demanda executiva esteja garantida por seguro garantia, não estão preenchidos os demais requisitos exigidos pelo § 1º do artigo 919 do Código de Processo Civil, para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
3. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5017074-59.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

AGRAVADO: IRACEMA MARIA LEO

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5017074-59.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

AGRAVADO: IRACEMA MARIA LEO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO**, contra a r. decisão exarada nos autos da execução fiscal nº 5022188-28.2018.4.03.6182, movida em face de **IRACEMA MARIA LEÃO**, em trâmite no Juízo Federal da 5ª Vara Especializada em Execuções Fiscais da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, no âmbito da qual indeferido pedido de constrição pelo sistema BACENJUD.

Em síntese, alega a agravante que o pedido de consulta e constrição por meio do sistema BACENJUD não pode ser negado unicamente em virtude do valor executado, assim como deve ser reconhecido como superado o entendimento de que as referidas medidas somente seriam aplicáveis após o esgotamento de diligências em busca de bens do executado.

A parte agravada não foi intimada, haja vista que não possui advogado constituído nos autos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017074-59.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

AGRAVADO: IRACEMA MARIA LEAO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A senhora Juíza Federal convocada Denise Avelar (relatora):

Como o advento da Lei n.º 11.382/2006, que alterou o Código de Processo Civil de 1973, e da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o atual Código de Processo Civil, restou superado o entendimento de que seria excepcional e extraordinária a penhora de dinheiro depositado em instituição financeira, de sorte que manifestamente despropositado falar do caráter confiscatório da medida.

Deveras, resulta do sistema processual que a penhora em dinheiro é opção preferencial, cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade ou pedir a substituição por outro bem cuja constrição seja-lhe menos onerosa e igualmente capaz de garantir a execução (Código de Processo Civil de 2015: arts. 835, inciso I e § 1º, 854, § 2º, e 847). Nesse sentido, veja-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CREA. ADESÃO AO PARCELAMENTO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.

1. Conforme assente na jurisprudência, cabe extinção de embargos à execução fiscal, por falta de interesse de agir, quando o devedor adere ao parcelamento da dívida executada, o que não prejudica, no entanto, o exame de questões de ordem pública.

2. A citação por edital foi regular, na medida em que precedida por certidão, de oficial de Justiça, no sentido de que o citando não foi localizado, apesar dos esforços realizados, não elidindo, de sua vez, a validade do ato a comprovação de parcelamento, rescindido por descumprimento.

3. Não houve violação do artigo 8º da Lei 12.514/2011, vez que tal preceito não se aplica às execuções fiscais ajuizadas anteriormente à respectiva vigência, como é o caso.

4. Quanto à prescrição, a informação de parcelamento afeta o curso da prescrição, na medida em que não corre o lapso da prescrição enquanto vigente o acordo. Ao devedor incumbia demonstrar não ter havido ato interruptivo ou impeditivo da prescrição, para além de simplesmente alegar o decurso do prazo sem impugnar ou tratar da informação de parcelamento.

5. Acerca da decadência, não existem elementos de comprovação, vez que, referindo-se a amidades ao período de 2004 e 2005, houve procedimento administrativo em 2008, que gerou a inscrição ainda em tempo, sem qualquer prova da falta de notificação do contribuinte para o pagamento, à luz da jurisprudência consolidada.

6. Finalmente, com relação à impenhorabilidade, não existe prova nos autos de que se trate de verba alimentar, configurando ônus do executado a demonstração do fato impeditivo ou modificativo do direito do exequente.

7. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2245794 - 0001436-28.2016.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 23/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2017)

Em outras palavras, é da lei que, atualmente, primeiro se faz a penhora *online* e, posteriormente, e ainda assim conforme o caso, ela pode ser levantada ou substituída.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada em julgamento na sistemática dos recursos repetitivos: REsp 1184765/PA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010.

Assim, ao impedir a constrição pelo sistema BACENJUD por risco de atingimento de bens impenhoráveis, como o fez na decisão agravada, o MM. Magistrado de Primeiro Grau destoa do precedente acima mencionado, e efetua inoposição de requisito sem previsão legal, além de menosprezar a preferência do dinheiro para garantia da execução fiscal.

Como se sabe, não podem ser tolhidos os mecanismos legais disponíveis à exequente para satisfação do seu crédito, sob pena de ilegal constrangimento ao prosseguimento da execução. Desse modo, a vedação imposta não pode subsistir.

Além disso, a impenhorabilidade dos ativos financeiros, se encontrados e constritos, deve ser demonstrada pelo executado, sendo ônus desse a comprovação de causa impeditiva do direito do credor. Não se pode olvidar que, embora o montante cobrado seja inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, há possibilidade de o devedor possuir ativos em quantia superior à fixada em lei como protegida pela regra da impenhorabilidade, e o excedente é passível de penhora.

Insta ressaltar que a utilização dos sistemas INFOJUD, BACENJUD e RENAJUD, para localização do devedor e seus bens e determinação de constrição eletrônica de bens e ativos financeiros, é de grande valia, haja vista que as pesquisas são realizadas de forma célere, sendo possível a comunicação imediata de ordens judiciais, resultando em melhor prestação jurisdicional e real salvaguarda do direito do credor a receber o que lhe é devido, sendo recomendada pelo CNJ, em sua resolução nº 51.

Destaque-se, outrossim, que a jurisprudência atual não requer o esgotamento de outras diligências para que sejam usados os sistemas a disposição do Juízo com o intuito de localizar o executado e seus bens. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONSULTA AO SISTEMA INFOJUD. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS A FIM DE LOCALIZAR BENS DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 535, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

2. A instância de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não emitiu juízo de valor sobre o art. 620 do CPC/1973 (princípio da menor onerosidade) e 185-A do CTN (cabimento da indisponibilidade dos bens).

3. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. O acórdão recorrido consignou: "A questão centra-se na insatisfação das agravantes ante a decisão monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento, mantendo a decisão agravada que deferiu a penhora "online" pelo sistema BACEN-JUD. (...) Quanto ao bloqueio dos depósitos bancários, não restou comprovado a natureza salarial dos valores bloqueados, sendo certo que a matéria não comporta mais discussão, pois em Recurso Repetitivo (STJ REsp 1, 112.943-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, ocorrido em 15/09/2010), ficou sedimentado o entendimento da possibilidade da penhora "online" pelo sistema BACENJUD, sem a necessidade prévio exaurimento na busca de outros bens do executado, colacionando para tanto, julgados que perfilham este entendimento." (fl. 614, e-STJ) 5. O Tribunal a quo está em consonância com o Superior Tribunal de Justiça que em precedente submetido ao rito do art. 543-C firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on-line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal. (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017).

6. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 172442/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 22/05/2018) - sem grifos no original

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMAS BACEN-JUD, RENAJUD OU INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização dos sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD não estaria condicionada ao esgotamento de diligências.

2. Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1703669/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018) - sem grifos no original

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o limite previsto no art. 20 da Lei nº. 10.522/2002 aplica-se unicamente às execuções fiscais de créditos cobrados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inscritos na dívida ativa da União.

Esse entendimento foi aplicado no julgamento do REsp nº. 1.363.163/SP, pelo rito dos recursos repetitivos, cuja ementa se destaca a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. DÉBITOS COM VALORES INFERIORES A R\$ 10.000,00. ARQUIVAMENTO SEM BAIXA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 20, DA LEI 10.522/02. INAPLICABILIDADE. LEI 12.514/11. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO, SUJEITO AO REGIME DO ARTIGO 543-C, DO CPC.

1. Recurso especial no qual se debate a possibilidade de aplicação do artigo 20 da Lei 10.522/02 às execuções fiscais propostas pelos Conselhos Regionais de Fiscalização Profissional.

2. Da simples leitura do artigo em comento, verifica-se que a determinação nele contida, de arquivamento, sem baixa, das execuções fiscais referentes aos débitos com valores inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) destina-se exclusivamente aos débitos inscritos como dívida ativa da União, pela Procuradoria da Fazenda Nacional ou por ela cobrados.

3. A possibilidade / necessidade de arquivamento do feito em razão do valor da execução fiscal foi determinada pela Lei 10.522/02, mediante critérios específicos dos débitos de natureza tributária cuja credora é a União, dentre os quais os custos gerados para a administração pública para a propositura e o impulso de demandas desta natureza, em comparação com os benefícios pecuniários que poderão advir de sua procedência.

4. Não há falar em aplicação, por analogia, do referido dispositivo legal aos Conselhos de Fiscalização Profissional, ainda que se entenda que as mencionadas entidades tenham natureza de autarquias, mormente porque há regra específica destinada às execuções fiscais propostas pelos Conselhos de Fiscalização Profissional, prevista pelo artigo 8º da Lei n. 12.514/2011, a qual, pelo Princípio da Especialidade, deve ser aplicada no caso concreto.

5. A submissão dos Conselhos de fiscalização profissional ao regramento do artigo 20 da Lei 10.522/02 configura, em última análise, vedação ao direito de acesso ao poder judiciário e à obtenção da tutela jurisdicional adequada, assegurados constitucionalmente, uma vez que cria obstáculo desarrazoado para que as entidades em questão efetuem as cobranças de valores aos quais têm direito.

6. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C, do CPC.

(REsp 1363163/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/09/2013, DJe 30/09/2013) - sem grifos no original

Logo, não pode permanecer a decisão agravada, devendo ser permitido o bloqueio de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD.

Ante o exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ANUIDADES. LEI 10.522/2002. LIMITE. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. CONSTRIÇÃO PELO SISTEMA BACENJUD. PRECEDENTES. PEQUENO VALOR. POSSIBILIDADE. ÔNUS DO DEVEDOR DEMONSTRAR IMPENHORABILIDADE. RENAJUD E INFOJUD. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E NA PARTE CONHECIDA PROVIDO.

1. A penhora em dinheiro é opção preferencial, cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade ou pedir a substituição por outro bem cuja constrição seja-lhe menos onerosa e igualmente capaz de garantir a execução (Código de Processo Civil de 2015: arts. 835, inciso I e § 1º, 854, § 2º, e 847).

2. A impenhorabilidade dos ativos financeiros, se encontrados e constritos, deve ser demonstrada pelo executado, sendo ônus desse a comprovação de causa impeditiva do direito do credor. Não se pode olvidar que, embora o montante cobrado seja inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, há possibilidade de o devedor possuir ativos em quantia superior à fixada em lei como protegida pela regra da impenhorabilidade, e o excedente é passível de penhora.

3. Não se aplica o limite previsto na Lei 10.522/2002 ao Conselhos profissionais. Precedentes do STJ.

4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001120-48.2020.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: JOSE VICENTE PEREIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUCLESIA DOS SANTOS MONTEIRO - SP325523-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança deferido para garantir apreciação de pedido administrativo de concessão de benefício previdenciário a idoso.

Não houve recurso voluntário.

É o relatório.

DECIDO.

Nos termos do artigo 932, CPC, incumbe ao relator, por decisão monocrática: **não conhecer de recurso** inadmissível, prejudicado ou não impugnado em específico quanto aos fundamentos da decisão recorrida (inciso III); **negar provimento a recurso** contrário a súmulas de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso IV, a), a julgados repetitivos de Cortes Superiores (inciso IV, b) e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso IV, c); e, facultadas contrarrazões, **dar provimento ao recurso** se a decisão recorrida contrariar súmula de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso V, a), julgado repetitivo de Cortes Superiores (inciso V, b), e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso V, c).

Segundo a Corte Superior, a legislação processual também permite “*ao relator decidir monocraticamente o recurso, quando amparado em jurisprudência dominante ou Súmula de Tribunal Superior, consoante exegese do art. 932, IV e V, do CPC/2015. Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno*” (AgInt nos EDcl no CC 139.267/PE, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 18/11/2016).

Em se tratando de remessa oficial, dispõe o artigo 496, § 4º, CPC, sobre as hipóteses em que a sentença não se sujeita ao reexame obrigatório, em equivalência com hipóteses versadas no artigo 932, CPC, reforçando a conclusão de que a sentença que se conforme à jurisprudência consolidada não deve ser admitida, através seja de recurso voluntário, seja de remessa oficial.

Na espécie, discute-se a mora administrativa em observar prazo legal em procedimento administrativo, violando, em específico, regras da Lei 9.784/1999 (artigos 24, 49 e 59, § 1º), além do princípio da duração razoável do processo (artigos 37, *caput*, CF, e 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999).

Encontra-se consolidada, a propósito, a jurisprudência sobre a matéria, conforme revelam, entre outros, os seguintes arestos, inclusive da Corte Superior:

MS 24.745, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 06/09/2019: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NÃO OBSERVADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Trata-se de Mandado de Segurança que tem como base o excesso de prazo para análise de pedido administrativo, datado de 6.3.2018, de substituição da CNTV pela impetrante na Comissão Consultiva para Assuntos de Segurança Privada - CCASP, o que não é negado pela autoridade impetrada. 2. Diante do longo lapso temporal, é irrelevante averiguar culpa de terceiros ou complexidade da matéria no trâmite, já que a razoável duração do processo, garantia individual desrespeitada na hipótese, impõe à Administração, como um todo, resposta à tutela pleiteada em tempo adequado, situação não constatada na hipótese. 3. "O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, 'a', da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta. (...) A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1.º, caput, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009" (MS 19.132/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 27.3.2017). 4. A autoridade impetrada deve, no prazo do art. 49 da Lei 9.784/1999, decidir o requerimento administrativo. 5. Mandado de Segurança concedido."

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas."

Na espécie, o requerimento administrativo foi protocolado em 01/11/2019 (ID 140671672), sem provas até o momento de que tenha sido devidamente analisado, mesmo após a concessão da segurança, revelando que a sentença encontra-se em plena conformidade com a jurisprudência consolidada, a ser aplicada para prestigiar a celeridade e a eficiência especialmente no trato de pedido de natureza previdenciária ou assistencial pelo caráter alimentar da prestação, reforçando-se o acerto do julgado diante da própria falta de recurso voluntário da autarquia.

Ante o exposto, com fundamento no 496, § 4º, II, do CPC, não conheço da remessa oficial.

Oportunamente, baixem-se os autos à vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003664-09.2020.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: HELSON ALVES DE OLIVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: RAFAEL ULIANO SANDRINI - SP410456-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança deferido para garantir apreciação de pedido de obtenção de cópias de processos administrativos.

Não houve recurso voluntário.

É o relatório.

DECIDO.

Nos termos do artigo 932, CPC, incumbe ao relator, por decisão monocrática: **não conhecer de recurso** inadmissível, prejudicado ou não impugnado em específico quanto aos fundamentos da decisão recorrida (inciso III); **negar provimento a recurso** contrário a súmulas de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso IV, a), a julgados repetitivos de Cortes Superiores (inciso IV, b) e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso IV, c); e, facultadas contrarrazões, **dar provimento ao recurso** se a decisão recorrida contrariar súmula de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso V, a), julgado repetitivo de Cortes Superiores (inciso V, b), e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso V, c).

Segundo a Corte Superior, a legislação processual também permite "ao relator decidir monocraticamente o recurso, quando amparado em jurisprudência dominante ou Súmula de Tribunal Superior, consoante exegese do art. 932, IV e V, do CPC/2015. Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno" (AgInt nos EDcl no CC 139.267/PE, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 18/11/2016).

Em se tratando de remessa oficial, dispõe o artigo 496, § 4º, CPC, sobre as hipóteses em que a sentença não se sujeita ao reexame obrigatório, em equivalência com hipóteses versadas no artigo 932, CPC, reforçando a conclusão de que a sentença que se conforme à jurisprudência consolidada não deve ser admitida, através seja de recurso voluntário, seja de remessa oficial.

Na espécie, discute-se a mora administrativa em observar prazo legal em procedimento administrativo, violando, em específico, regras da Lei 9.784/1999 (artigos 24, 49 e 59, § 1º), além do princípio da duração razoável do processo (artigos 37, *caput*, CF, e 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999).

Encontra-se consolidada, a propósito, a jurisprudência sobre a matéria, conforme revelam, entre outros, os seguintes arestos, inclusive da Corte Superior:

MS 24.745, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 06/09/2019: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NÃO OBSERVADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Trata-se de Mandado de Segurança que tem como base o excesso de prazo para análise de pedido administrativo, datado de 6.3.2018, de substituição da CNTV pela impetrante na Comissão Consultiva para Assuntos de Segurança Privada - CCASP, o que não é negado pela autoridade impetrada. 2. Diante do longo lapso temporal, é irrelevante averiguar culpa de terceiros ou complexidade da matéria no trâmite, já que a razoável duração do processo, garantia individual desrespeitada na hipótese, impõe à Administração, como um todo, resposta à tutela pleiteada em tempo adequado, situação não constatada na hipótese. 3. "O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, 'a', da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta. (...) A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1.º, caput, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009" (MS 19.132/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJE 27.3.2017). 4. A autoridade impetrada deve, no prazo do art. 49 da Lei 9.784/1999, decidir o requerimento administrativo. 5. Mandado de Segurança concedido."

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas."

Na espécie, o requerimento administrativo foi protocolado em 23/09/2019 (ID 147380912) e somente analisado em 04/08/2020 (ID 147381135), após a impetração do mandado de segurança e a concessão da liminar, revelando que a sentença encontra-se em plena conformidade com a jurisprudência consolidada, a ser aplicada para prestigiar a celeridade e a eficiência especialmente no trato de pedido de natureza previdenciária ou assistencial pelo caráter alimentar da prestação, reforçando-se o acerto do julgado diante da própria falta de recurso voluntário da autarquia.

Ante o exposto, com fundamento no 496, § 4º, II, do CPC, não conheço da remessa oficial.

Oportunamente, baixem-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002792-62.2020.4.03.6128

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: MARIA APARECIDA DE JESUS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCO ANTONIO BARBOSA DE OLIVEIRA - SP250484-N

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança deferido para garantir apreciação de pedido de obtenção de cópias de processos administrativos.

Não houve recurso voluntário.

É o relatório.

DECIDO.

Nos termos do artigo 932, CPC, incumbe ao relator, por decisão monocrática: **não conhecer de recurso** inadmissível, prejudicado ou não impugnado em específico quanto aos fundamentos da decisão recorrida (inciso III); **negar provimento a recurso** contrário a súmulas de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso IV, a), a julgados repetitivos de Cortes Superiores (inciso IV, b) e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso IV, c); e, facultadas contrarrazões, **dar provimento ao recurso** se a decisão recorrida contrariar súmula de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso V, a), julgado repetitivo de Cortes Superiores (inciso V, b), e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso V, c).

Segundo a Corte Superior, a legislação processual também permite “ao relator decidir monocraticamente o recurso, quando amparado em **jurisprudência dominante ou Súmula de Tribunal Superior**, consoante exegese do art. 932, IV e V, do CPC/2015. Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno” (AgInt no EDcl no CC 139.267/PE, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 18/11/2016).

Em se tratando de remessa oficial, dispõe o artigo 496, § 4º, CPC, sobre as hipóteses em que a sentença não se sujeita ao reexame obrigatório, em equivalência com hipóteses versadas no artigo 932, CPC, reforçando a conclusão de que a sentença que se conforme à jurisprudência consolidada não deve ser admitida, através seja de recurso voluntário, seja de remessa oficial.

Na espécie, discute-se a mora administrativa em observar prazo legal em procedimento administrativo, violando, em específico, regras da Lei 9.784/1999 (artigos 24, 49 e 59, § 1º), além do princípio da duração razoável do processo (artigos 37, *caput*, CF, e 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999).

Encontra-se consolidada, a propósito, a jurisprudência sobre a matéria, conforme revelam, entre outros, os seguintes arestos, inclusive da Corte Superior:

MS 24.745, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 06/09/2019: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NÃO OBSERVADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Trata-se de Mandado de Segurança que tem como base o excesso de prazo para análise de pedido administrativo, datado de 6.3.2018, de substituição da CNTV pela impetrante na Comissão Consultiva para Assuntos de Segurança Privada - CCASP, o que não é negado pela autoridade impetrada. 2. Diante do longo lapso temporal, é irrelevante averiguar culpa de terceiros ou complexidade da matéria no trâmite, já que a razoável duração do processo, garantia individual desrespeitada na hipótese, impõe à Administração, como um todo, resposta à tutela pleiteada em tempo adequado, situação não constatada na hipótese. 3. “O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, ‘a’, da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta. (...) A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1º, caput, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009” (MS 19.132/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 27.3.2017). 4. A autoridade impetrada deve, no prazo do art. 49 da Lei 9.784/1999, decidir o requerimento administrativo. 5. Mandado de Segurança concedido.”

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.”

Na espécie, o requerimento administrativo foi protocolado em 18/05/2020 (ID 148313803) e sua análise foi informada somente em 04/08/2020 (ID 148313822), após a concessão da segurança, revelando que a sentença encontra-se em plena conformidade com a jurisprudência consolidada, a ser aplicada para prestigiar a celeridade e a eficiência especialmente no trato de pedido de natureza previdenciária ou assistencial pelo caráter alimentar da prestação, reforçando-se o acerto do julgado diante da própria falta de recurso voluntário da autarquia.

Ante o exposto, com fundamento no 496, § 4º, II, do CPC, não conheço da remessa oficial.

Oportunamente, baixem-se os autos à vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5018691-09.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: LAERCIO GOMES DOS SANTOS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROGERIO MOREIRA DA SILVA - SP225095-N
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança deferido para garantir o cumprimento de acórdão em processo administrativo de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

Não houve recurso voluntário.

É o relatório.

DECIDO.

Nos termos do artigo 932, CPC, incumbe ao relator, por decisão monocrática: **não conhecer de recurso** inadmissível, prejudicado ou não impugnado em específico quanto aos fundamentos da decisão recorrida (inciso III); **negar provimento a recurso** contrário a súmulas de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso IV, a), a julgados repetitivos de Cortes Superiores (inciso IV, b) e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso IV, c); e, facultadas contrarrazões, **dar provimento ao recurso** se a decisão recorrida contrariar súmula de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso V, a), julgado repetitivo de Cortes Superiores (inciso V, b), e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso V, c).

Segundo a Corte Superior, a legislação processual também permite “ao relator decidir monocraticamente o recurso, quando amparado em *jurisprudência dominante ou Súmula de Tribunal Superior*, consoante exegese do art. 932, IV e V, do CPC/2015. Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno” (AgInt nos EDElno CC 139.267/PE, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 18/11/2016).

Em se tratando de remessa oficial, dispõe o artigo 496, § 4º, CPC, sobre as hipóteses em que a sentença não se sujeita ao reexame obrigatório, em equivalência com hipóteses versadas no artigo 932, CPC, reforçando a conclusão de que a sentença que se conforme à jurisprudência consolidada não deve ser admitida, através seja de recurso voluntário, seja de remessa oficial.

Na espécie, discute-se a mora administrativa em observar prazo legal em procedimento administrativo, violando, em específico, regras da Lei 9.784/1999 (artigos 24, 49 e 59, § 1º), além do princípio da duração razoável do processo (artigos 37, caput, CF, e 2º, caput, da Lei 9.784/1999).

Encontra-se consolidada, a propósito, a jurisprudência sobre a matéria, conforme revelam, entre outros, os seguintes arestos, inclusive da Corte Superior:

MS 24.745. Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 06/09/2019: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NÃO OBSERVADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Trata-se de Mandado de Segurança que tem como base o excesso de prazo para análise de pedido administrativo, datado de 6.3.2018, de substituição da CNTV pela impetrante na Comissão Consultiva para Assuntos de Segurança Privada - CCASP, o que não é negado pela autoridade impetrada. 2. Diante do longo lapso temporal, é irrelevante averiguar culpa de terceiros ou complexidade da matéria no trâmite, já que a razoável duração do processo, garantia individual desrespeitada na hipótese, impõe à Administração, como um todo, resposta à tutela pleiteada em tempo adequado, situação não constatada na hipótese. 3. “O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, ‘a’, da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta. (...) A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1º, caput, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009” (MS 19.132/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 27.3.2017). 4. A autoridade impetrada deve, no prazo do art. 49 da Lei 9.784/1999, decidir o requerimento administrativo. 5. Mandado de Segurança concedido.”

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.”

Na espécie, após o deferimento do benefício pelo acórdão, o processo foi encaminhado à Seção de Reconhecimento de Direitos em 04/11/2019 (ID 146663625), sendo o benefício implementado apenas em 11/09/2020 (ID 146663892), após concessão da segurança, revelando que a sentença encontra-se em plena conformidade com a jurisprudência consolidada, a ser aplicada para prestigiar a celeridade e a eficiência especialmente no trato de pedido de natureza previdenciária pelo caráter alimentar da prestação, reforçando-se o acerto do julgado diante da própria falta de recurso voluntário da autarquia.

Ante o exposto, com fundamento no 496, § 4º, II, do CPC, não conheço da remessa oficial.

Oportunamente, baixem-se os autos à vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000463-09.2020.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: JEFFERSON MACEDO

Advogados do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A, ERIK CARVALHO - SP425952-A
PARTE RE: COORDENADOR GERAL DA CEAB - RECONHECIMENTO DE DIREITO DA SR I - DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA CEAB - RECONHECIMENTO DE DIREITO DA SR I - DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (IMPETRADO)

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança deferido para garantir apreciação de pedido administrativo de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

Não houve recurso voluntário.

É o relatório.

DECIDO.

Nos termos do artigo 932, CPC, incumbe ao relator, por decisão monocrática: **não conhecer de recurso** inadmissível, prejudicado ou não impugnado em específico quanto aos fundamentos da decisão recorrida (inciso III); **negar provimento a recurso** contrário a súmulas de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso IV, a), a julgados repetitivos de Cortes Superiores (inciso IV, b) e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso IV, c); e, facultadas contrarrazões, **dar provimento ao recurso** se a decisão recorrida contrariar súmula de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso V, a), julgado repetitivo de Cortes Superiores (inciso V, b), e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso V, c).

Segundo a Corte Superior, a legislação processual também permite “ao relator decidir monocraticamente o recurso, quando amparado em **jurisprudência dominante ou Súmula de Tribunal Superior**, consoante exegese do art. 932, IV e V, do CPC/2015. Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno” (AgInt nos EDcl no CC 139.267/PE, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 18/11/2016).

Em se tratando de remessa oficial, dispõe o artigo 496, § 4º, CPC, sobre as hipóteses em que a sentença não se sujeita ao reexame obrigatório, em equivalência com hipóteses versadas no artigo 932, CPC, reforçando a conclusão de que a sentença que se conforme à jurisprudência consolidada não deve ser admitida, através seja de recurso voluntário, seja de remessa oficial.

Na espécie, discute-se a mora administrativa em observar prazo legal em procedimento administrativo, violando, em específico, regras da Lei 9.784/1999 (artigos 24, 49 e 59, § 1º), além do princípio da duração razoável do processo (artigos 37, *caput*, CF, e 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999).

Encontra-se consolidada, a propósito, a jurisprudência sobre a matéria, conforme revelam, entre outros, os seguintes arestos, inclusive da Corte Superior:

MS 24.745, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 06/09/2019: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NÃO OBSERVADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Trata-se de Mandado de Segurança que tem como base o excesso de prazo para análise de pedido administrativo, datado de 6.3.2018, de substituição da CNTV pela impetrante na Comissão Consultiva para Assuntos de Segurança Privada - CCASP, o que não é negado pela autoridade impetrada. 2. Diante do longo lapso temporal, é irrelevante averiguar culpa de terceiros ou complexidade da matéria no trâmite, já que a razoável duração do processo, garantia individual desrespeitada na hipótese, impõe à Administração, como um todo, resposta à tutela pleiteada em tempo adequado, situação não constatada na hipótese. 3. “O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, ‘a’, da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta. (...) A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1º, caput, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009” (MS 19.132/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 27.3.2017). 4. A autoridade impetrada deve, no prazo do art. 49 da Lei 9.784/1999, decidir o requerimento administrativo. 5. Mandado de Segurança concedido.”

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.”

Na espécie, o requerimento administrativo foi protocolado em 28/08/2019 (ID 140578348) e somente analisado em 18/03/2020 (ID 140578361), após a impetração do mandado de segurança e a concessão da liminar, revelando que a sentença encontra-se em plena conformidade com a jurisprudência consolidada, a ser aplicada para prestigiar a celeridade e a eficiência especialmente no trato de pedido de natureza previdenciária ou assistencial pelo caráter alimentar da prestação, reforçando-se o acerto do julgado diante da própria falta de recurso voluntário da autarquia.

Ante o exposto, com fundamento no 496, § 4º, II, do CPC, não conheço da remessa oficial.

Oportunamente, baixem-se os autos à vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

AGRAVADO: SANTO CROCIARI

Advogado do(a) AGRAVADO: SAVIO CARMONA DE LIMA - SP236489-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência, formulado nos autos de ação anulatória de débito fiscal, com o fim de suspender a exigibilidade da multa imposta em decorrência do auto de infração lavrado pelo réu sob o nº 622.485.

Decido.

Em consulta ao sistema processual, verifico que o processo principal já foi julgado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do agravo de instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013).

Isso porque a superveniência de sentença de mérito, se de procedência, absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente, e, se de improcedência, implica revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória (AGARESP 201100763290, DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/03/2013).

Precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PERDA DE OBJETO CONFIGURADA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que examinou a antecipação de tutela, quando se verifica a superveniente prolação da sentença de mérito. 2. Nesse sentido: AgRg no AREsp 202.736/PR, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 07/03/2013; PET nos EDcl no AgRg no Ag 1219466/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 28/11/2012; REsp 1.062.171/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.065.478/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 06/10/2008. 3. Agravo regimental não provido. (AGRESP 201301599253, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DO LEVANTAMENTO DE QUANTIA BLOQUEADA. PRESTAÇÃO MEDIANTE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que fica prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação da sentença de mérito. 2. Não tendo o agravante trazido qualquer razão jurídica capaz de alterar o entendimento sobre a causa, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental não provido. (AGRAGA 201001225780, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:27/09/2013).

Diante da superveniente carência de interesse recursal, não conheço do agravo de instrumento e dos embargos de declaração, porque prejudicados, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 6 de outubro de 2020.

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 0001070-27.2015.4.03.6137

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: CESP COMPANHIA ENERGETICA DE SAO PAULO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

PARTE RE: AILTON NUNES DOS SANTOS, MARIA DE FATIMA LADEIRA DOS SANTOS

Advogado do(a) PARTE RE: WILSON TETSUO HIRATA - SP45512-A

Advogado do(a) PARTE RE: WILSON TETSUO HIRATA - SP45512-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 0001070-27.2015.4.03.6137

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: CESP COMPANHIA ENERGETICA DE SAO PAULO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SC3210-S

PARTE RE: AILTON NUNES DOS SANTOS, MARIA DE FATIMA LADEIRA DOS SANTOS

Advogado do(a) PARTE RE: WILSON TETSUO HIRATA - SP45512-A

Advogado do(a) PARTE RE: WILSON TETSUO HIRATA - SP45512-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pela Companhia Energética de São Paulo - CESP em face de AILTON NUNES DOS SANTOS e MARIA DE FÁTIMA LADEIRA DOS SANTOS, requerendo que os réus desocupem área de preservação permanente (APP), às margens do Lago da UHE Sérgio Motta, bem como promovam a recomposição da vegetação natural na área atingida pela ocupação.

Em síntese, a parte autora aduz que é legítima proprietária e possuidora do imóvel rural situado à margem esquerda do Rio Paraná, na área do reservatório da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera. Porém, os réus realizaram construções na propriedade e continuaram a perpetrar o dano ambiental em área de preservação permanente.

Os réus apresentaram contestação, alegando, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal, e, no mérito, sustentaram que não foi demonstrada que a área por eles ocupada corresponde à APP em relação ao empreendimento da UHE Sérgio Motta.

O MM. Juiz "a quo" julgou extinta a ação, sem resolução do mérito, por reconhecer a ilegitimidade ativa "ad causam" da CESP, e sujeitou a r. sentença ao reexame necessário, nos termos da aplicação por analogia do art. 19 da Lei n. 4.717/1965.

A Procuradoria Regional da República da 3ª Região defendeu o reconhecimento da ilegitimidade ativa "ad causam", julgando-se o processo sem resolução do mérito, em virtude da não pertinência temática entre a finalidade institucional da CESP e o direito material que pretende assegurar.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0001070-27.2015.4.03.6137

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: CESP COMPANHIA ENERGETICA DE SAO PAULO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SC3210-S

PARTE RE: AILTON NUNES DOS SANTOS, MARIA DE FATIMA LADEIRA DOS SANTOS

Advogado do(a) PARTE RE: WILSON TETSUO HIRATA - SP45512-A

Advogado do(a) PARTE RE: WILSON TETSUO HIRATA - SP45512-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de remessa necessária de sentença proferida nos autos da ação civil pública ajuizada pela Companhia Energética de São Paulo - CESP, buscando, em síntese, que os réus desocupem área de preservação permanente (APP), às margens do Lago da UHE Sérgio Motta, bem como promovam a recomposição da vegetação natural na área atingida pela ocupação.

Inicialmente, cumpre transcrever o art. 2º do Estatuto Social da parte autora, no qual consta o seu objeto social:

Artigo 2º- Constitui objeto social da Companhia:

- I. estudo, planejamento, projeto, construção e operação de sistemas de produção, transformação, transporte e armazenamento, distribuição e comércio de energia principalmente a elétrica, resultante do aproveitamento de rios e outras fontes, mormente às renováveis;
- II. estudo, planejamento, projeto, construção e operação de barragens e reservatórios de acumulação e outros empreendimentos, destinados ao aproveitamento múltiplo das águas;
- III. participação nos empreendimentos que tenham por finalidade a indústria do comércio de energia, principalmente a elétrica, bem como a prestação de serviços que, direta ou indiretamente, se relacione com esse objeto;
- IV. estudo, projeto, execução de planos e programas de pesquisa e desenvolvimento de novas fontes de energia, principalmente as renováveis, diretamente ou em cooperação com outras entidades;
- V. estudo, elaboração, execução de planos e programas de desenvolvimento econômico em regiões de interesse da Companhia, seja diretamente ou em colaboração com outros órgãos estatais ou particulares, bem como o fornecimento de informações e a assistência para auxílio da iniciativa privada ou estatal, que visem implantação de atividades econômicas, culturais, assistenciais e sociais naquelas regiões, para o cumprimento de sua função social em benefício da comunidade.
- VI. estudo, projeto, execução de reflorestamento de árvores, comercialização e industrialização de árvores, de madeiras e subprodutos decorrentes dessas atividades; VII. pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos minerais, principalmente energéticos; e
- VIII. participação em outras sociedades, como sócia, acionista ou quotista.

Cabe mencionar que a legitimidade ativa da parte autora é condicionada à defesa em juízo das suas atividades e dos seus interesses, relacionados no âmbito do seu Estatuto Social.

No caso em tela, verifica-se que não consta como objeto social a proteção do meio ambiente, de acordo com o art. 2º do Estatuto Social da Companhia Energética de São Paulo - CESP.

Ou seja, inexistente pertinência temática entre a finalidade institucional da Companhia Energética de São Paulo - CESP e o objeto da demanda.

O art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil dispõe que o juiz não resolverá o mérito quando verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

A esse respeito, oportuno transcrever a r. sentença:

Contudo, a legitimidade ativa da CESP é condicionada (pertinência temática), uma vez que, embora genericamente legitimada para a propositura de Ação Civil Pública, compete a defesa em Juízo de interesse afetos ao seu âmbito de atuação institucional. Isso ocorre, pois, como entidade da administração indireta, ao contrário dos entes da administração direta, foi criada para área de atuação específica (princípio da especialidade na administração indireta), nos termos do art. 37, inciso XX, da Constituição Federal.

Assim sendo, para ajuizar ação civil pública, a parte autora deve demonstrar a ocorrência da pertinência temática entre a sua finalidade institucional e o direito material que pretende assegurar.

Por conseguinte, cumpre reconhecer a ilegitimidade ativa "ad causam" da CESP e julgar extinto o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, tendo em vista a ausência da pertinência temática entre a finalidade da CESP e o objeto da demanda.

Ante todo o exposto, nego provimento à remessa necessária.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMESSA NECESSÁRIA. COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO. ATRIBUIÇÕES ESTATUTÁRIAS. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação civil pública ajuizada pela Companhia Energética de São Paulo - CESP, requerendo que os réus desocupem área de preservação permanente (APP), às margens do Lago da UHE Sérgio Motta, bem como promovam a recomposição da vegetação natural na área atingida pela ocupação.

2. Em síntese, a parte autora aduz que é legítima proprietária e possuidora do imóvel rural situado à margem esquerda do Rio Paraná, na área do reservatório da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera. Porém, os réus realizaram construções na propriedade e continuaram a perpetrar o dano ambiental em área de preservação permanente, apesar da notificação de irregularidade.

3. No caso em tela, verifica-se que não consta como objeto social a proteção do meio ambiente, de acordo como art. 2º do Estatuto Social da Companhia Energética de São Paulo - CESP.
4. Inexiste pertinência temática entre a finalidade institucional da Companhia Energética de São Paulo - CESP e o objeto da demanda.
5. O art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil dispõe que o juiz não resolverá o mérito quando verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.
6. Constata-se a ilegitimidade ativa "ad causam" da CESP, diante da ausência de pertinência temática entre a finalidade da parte autora e o objeto da demanda, devendo o feito ser extinto, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.
7. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018789-39.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: J.P.MOTTAADVOCACIA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARLON DANIEL REAL - RS65721

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018789-39.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: J.P.MOTTAADVOCACIA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARLON DANIEL REAL - RS65721

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por JP Motta Advocacia, contra acórdão que manteve a decisão recorrida, no sentido do descabimento de fixação de verba honorária nos casos de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, desde que não haja impugnação ofertada pela executada.

Insurge-se o embargante retomando seus fundamentos recursais apenas para fins de prequestionamento.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018789-39.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: J.P.MOTTAADVOCACIA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARLON DANIEL REAL - RS65721

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A ementa do v. acórdão embargado tem o seguinte teor:

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DE PEQUENO VALOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

- 1. A questão posta nos autos diz respeito a cumprimento de sentença contra Fazenda Pública.*
- 2. Esta E. Turma tem entendimento no sentido de que a norma do o art. 85, §7º, do atual Código de Processo Civil aplica-se igualmente nos casos de cumprimento de sentença contra Fazenda Pública que enseje expedição de requisição de pequeno valor.*
- 3. Agravo de instrumento desprovido.*

Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

Com efeito, considera-se omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento, ou ainda que incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º, a saber:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;*
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;*
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;*
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

Nesse sentido, colaciono abaixo precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO JULGADO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

- 1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.*
- 2. É desnecessária a manifestação expressa do julgador acerca dos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, para fins de prequestionamento da matéria.*
- 3. Ainda que os embargos tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o conhecimento do recurso, que se verifique a existência de quaisquer dos vícios descritos no art. 535 do Código de Processo Civil.*
- 4. Embargos rejeitados.*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0017356-61.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 03/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016)

No caso dos autos, a decisão embargada discutiu exaustivamente toda matéria devolvida.

Entendeu-se, com base em precedentes desta E. Corte, que a norma do o art. 85, §7º, do código processualista aplica-se igualmente nos casos de cumprimento de sentença contra Fazenda Pública que enseje expedição de requisição de pequeno valor.

Ademais, é entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Divaldo Menezes Marques, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

- 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.**
- 2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.**

3. No caso dos autos, a decisão embargada discutiu exaustivamente toda matéria devolvida. Entendeu-se, com base em precedentes desta E. Corte, que a norma do art. 85, §7º, do código processualista aplica-se igualmente nos casos de cumprimento de sentença contra Fazenda Pública que enseje expedição de requisição de pequeno valor.

4. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

SUBSECRETARIA DA 4ª TURMA

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000365-84.2017.4.03.6003

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: WELLINGTON BARBOSA DA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANILO DA SILVA - SP263846-A

PARTE RE: EDITORA E DISTRIBUIDORA EDUCACIONAL S/A

Advogado do(a) PARTE RE: DANIELA CABETTE DE ANDRADE FERNANDES - MT9889-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000365-84.2017.4.03.6003

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: WELLINGTON BARBOSA DA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANILO DA SILVA - SP263846-A

PARTE RE: EDITORA E DISTRIBUIDORA EDUCACIONAL S/A

Advogado do(a) PARTE RE: DANIELA CABETTE DE ANDRADE FERNANDES - MT9889-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Wellington Barbosa da Silva em face do Diretor da Unopar – Três Lagoas, objetivando obter provimento jurisdicional que permita o prosseguimento do impetrante nos cursos de Pedagogia e de Gestão Hospitalar ante a negativa de aceitar o diploma de conclusão do ensino médio.

A medida liminar foi deferida para permitir ao impetrante o acesso às aulas telepresenciais e atividades presenciais dos cursos de Pedagogia e de Gestão Hospitalar, nos quais o impetrante se encontrava matriculado.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou procedente a ação, concedendo a segurança para confirmar a medida liminar e determinar que a autoridade impetrada realize a matrícula do impetrante nos cursos de Pedagogia e Técnico em Gestão Hospitalar, abstendo-se de praticar qualquer ato impeditivo para que o impetrante curse referidos cursos que dependam da aceitação do diploma do ensino médio expedido pelo Colégio Atos (Atos Educação à Distância Universitária Ltda-ME). Sem condenação em honorários advocatícios a teor do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ (Id 128413046).

Sem recursos voluntários, os autos foram remetidos a esta E. Corte por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo prosseguimento do feito (Id 131061746).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de reexame necessário da sentença pela qual foi concedida a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida, para determinar à autoridade impetrada que realize a matrícula do impetrante nos cursos de Pedagogia e Técnico em Gestão Hospitalar, abstendo-se de praticar qualquer ato impeditivo para que o impetrante realize os cursos que dependam da aceitação do diploma do ensino médio expedido pelo Colégio Atos (Atos Educação à Distância Universitária Ltda-ME).

Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aceitar ou não do diploma de conclusão do ensino médio emitido por instituição que posteriormente teve sua licença cassada.

Pois bem. Verifica-se que quando o impetrante cursou o ensino médio, em 2009, as atividades da instituição Colégio Atos de Sorocaba eram válidas e autorizadas pelo Poder Público e a cassação da autorização de funcionamento somente foi reconhecida posteriormente com efeitos retroativos.

Ora, o impetrante não deu causa à cassação da autorização administrativa da escola secundária, de modo que não se pode imputar ao aluno qualquer responsabilidade por ingresso irregular no curso superior para efeito de impedir a colação de grau, uma vez que concluído este com aproveitamento.

Ademais, como bem assentou o r. Juízo de piso, "O ato administrativo que cassou a autorização não pode, evidentemente, afetar relações jurídicas válidas com os alunos que, de boa-fé, contraíram obrigações e direitos com aparência de legalidade. Uma vez consolidada a situação consubstanciada na expedição de certificado de conclusão de curso do ensino médio, não pode o impetrante sofrer as consequências dos atos praticados pela instituição de ensino que teve em 2011 sua autorização cassada por força de sindicância administrativa."

Nesse sentido, colaciono julgados desta E. Corte:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. CASSAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE ESCOLA DE NÍVEL MÉDIO. EXPEDIÇÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO E DIPLOMA DO CURSO DE ENGENHARIA.

1. A cassação das atividades do colégio em que o Impetrante concluiu o ensino médio se deu apenas após a conclusão do 2º grau, e quando já se encontrava na metade do curso superior objeto da impetração.

2. Não tendo dado causa à cassação da autorização administrativa da escola secundária, não se pode imputar ao aluno qualquer responsabilidade por ingresso irregular no curso superior para efeito de impedir a colação de grau, uma vez que concluído este com aproveitamento.

3. Remessa oficial a que se nega provimento.

(ReeNec 5000427-21.2017.4.03.6102, Rel. Des. Federal Mairan Maia, Terceira Turma, Julg.: 07/06/2018, Intimação via sistema DATA: 07/06/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. IRREGULARIDADE NO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA EM CURSO SUPERIOR. POSSIBILIDADE.

1. A parte apelada busca a expedição de diploma no curso superior de direito, mediante a aceitação de seu histórico escolar/certificado de conclusão de ensino médio, apresentado no momento da matrícula.

2. Em que pese posterior descoberta de inautenticidade do referido certificado, deve ser reconhecida a omissão da Apelante ao permitir que o discente em situação irregular realizasse todas as atividades acadêmicas, com o pagamento das mensalidades e a conclusão do curso.

3. Nota-se, ainda, a inexistência de eficaz fiscalização do Poder Público na situação concreta, especialmente em relação à emissão de certificados fraudados.

4. A averiguação das irregularidades da instituição de ensino médio e do respectivo certificado só ocorreu em momento posterior à conclusão do curso pela apelada, não podendo esta sofrer as consequências de ato ao qual não restou comprovado que deu causa.

5. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5029728-82.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 09/10/2019, Intimação via sistema DATA: 11/10/2019)

Ante o exposto, nego provimento à Remessa Oficial.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. IRREGULARIDADE CONSTATADA POSTERIORMENTE À SUA EXPEDIÇÃO.

1. Verifica-se que quando o impetrante cursou o ensino médio, em 2009, as atividades da instituição Colégio Atos de Sorocaba eram válidas e autorizadas pelo Poder Público e a cassação da autorização de funcionamento somente foi reconhecida posteriormente com efeitos retroativos.
2. O impetrante não deu causa à cassação da autorização administrativa da escola secundária, de modo que não se pode imputar ao aluno qualquer responsabilidade por ingresso irregular no curso superior para efeito de impedir a colação de grau, uma vez que concluiu este com aproveitamento.
3. Como bem assentou o r. Juízo de piso, "O ato administrativo que cassou a autorização não pode, evidentemente, afetar relações jurídicas válidas com os alunos que, de boa-fé, contraíram obrigações e direitos com aparência de legalidade. Uma vez consolidada a situação consubstanciada na expedição de certificado de conclusão de curso do ensino médio, não pode o impetrante sofrer as consequências dos atos praticados pela instituição de ensino que teve em 2011 sua autorização cassada por força de sindicância administrativa."
4. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007421-77.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ELDOR DO BRASIL COMPONENTES AUTOMOTIVOS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: DIEGO LUIZ SILVA JOAQUIM - SP272060-A

APELADO: ELDOR DO BRASIL COMPONENTES AUTOMOTIVOS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: DIEGO LUIZ SILVA JOAQUIM - SP272060-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007421-77.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ELDOR DO BRASIL COMPONENTES AUTOMOTIVOS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: GABRIELA CARDOSO TIUSSI - SP321913-A, DIEGO LUIZ SILVA JOAQUIM - SP272060-A

APELADO: ELDOR DO BRASIL COMPONENTES AUTOMOTIVOS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: DIEGO LUIZ SILVA JOAQUIM - SP272060-A, GABRIELA CARDOSO TIUSSI - SP321913-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Eldor do Brasil Componentes Automotivos Indústria e Comércio Ltda objetivando o reconhecimento da inconstitucionalidade da taxa de utilização do Siscomex, bem como da majoração da sua alíquota pela Portaria MF 257/2011. Pede, ainda, o reconhecimento do direito à restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos a esse título, desde os respectivos vencimentos, observada a prescrição quinquenal.

Sobreveio a prolação de sentença parcialmente concessiva da segurança pelo MM. Juízo a quo (ID nº 51034232), após embargos de declaração, determinando à impetrada que se abstivesse de exigir a Taxa SISCOMEX por valor fixado por ato infralegal, devendo ater-se ao fixado na Lei n. 9.716/98, art. 3º, § 1º, ou eventuais futuras alterações, afastando-se incidentalmente a aplicação dos §§ 2º e 3º do mesmo artigo a esse respeito, bem como que assegure o direito à compensação/restituição administrativa dos mesmos valores, após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), sujeita a controle posterior pelo Fisco, observada a prescrição quinquenal. A correção monetária e os juros na repetição ou compensação de indébito tributário devem observar a taxa SELIC desde o recolhimento indevido. Custas na forma da lei. Sem condenação em honorários, a teor das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ, bem como o art. 25 da Lei n. 12.016/09.

A decisão foi submetida ao reexame necessário.

Iresignadas como decisão, apelam as partes.

A União Federal sustenta a dispensa de recurso no tocante ao mérito da demanda, na forma do art. 2º, V, VII e §§ 3º a 8º, da Portaria PGFN Nº 502/2016. Pugna, ainda, pela reforma a sentença, de forma que conste no seu dispositivo a possibilidade de inclusão da correção monetária acumulada no período sobre o valor originário da taxa antes da majoração promovida pela Portaria MF 257/2011, até a data do registro de cada DI. Subsidiariamente, pede seja permitida a correção monetária dos valores desde 1998, ano da entrada em vigor da Lei 9.716,98, até 2011, ano da entrada em vigor da Portaria MF 257.

A impetrante interpôs Recurso de Apelação, sustentando *não haver como afirmar que a "Taxa de utilização do Siscomex" se refere ao poder de polícia para controle do comércio exterior e, ainda assim, permitir a cobrança da Taxa somente dos importadores sem incorrer em flagrante contradição e ofensa ao princípio da isonomia. Pugna, ainda, pela declaração de inconstitucionalidade da Taxa de Utilização do Siscomex pela Lei nº 9.716/98, desobrigando a apelante de recolhê-la nas importações pela flagrante ofensa ao princípio constitucional da isonomia, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação/restituição dos valores recolhidos a tal título dentro dos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação principal, devendo estes serem devidamente corrigidos pela Taxa SELIC desde cada recolhimento indevido.*

Com contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

Os recursos de apelação foram recebidos no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009 (ID nº 68252346)

O Ministério Público Federal opinou pela ausência de interesse institucional que justifique a sua intervenção.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007421-77.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ELDOR DO BRASIL COMPONENTES AUTOMOTIVOS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: GABRIELA CARDOSO TIUSSI - SP321913-A, DIEGO LUIZ SILVA JOAQUIM - SP272060-A

APELADO: ELDOR DO BRASIL COMPONENTES AUTOMOTIVOS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: DIEGO LUIZ SILVA JOAQUIM - SP272060-A, GABRIELA CARDOSO TIUSSI - SP321913-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O tributo em exame foi instituído tendo como fato gerador a utilização do SISCOMEX, quando do registro de Declarações de Importação e de suas adições, conforme previsto no art. 3º da Lei nº 9.716/98.

É certo que a taxa, espécie tributária prevista pela Constituição Federal, possui como fato gerador o exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados aos contribuintes ou postos a sua disposição (art. 145, II), devendo possuir base de cálculo diversa da dos impostos (art. 145, 2º).

A matéria é igualmente disciplinada pelo Código Tributário Nacional a partir dos arts. 77 a 80, o qual traz conceito semelhante ao da CF/88 e ratifica sua natureza contraprestacional, isto é, de que a taxa deve sempre estar vinculada a uma atividade estatal do tipo "poder de polícia" ou de "prestação de serviço".

Logo, a taxa será constitucional se: a) decorrente do poder público de polícia, atividade da administração pública que limita ou disciplina direitos, interesses ou a liberdade, regulando outrossim a prática de ato ou a abstenção de fato do sujeito passivo, nos termos do art. 78, do CTN; e b) decorrente da utilização de serviço público, em caráter efetivo ou potencial.

No caso do SISCOMEX o fato gerador da taxa é a utilização do referido sistema, pois, ao utilizá-lo, o importador provoca a realização do poder de polícia por parte da Secretaria de Comércio Exterior, Secretaria da Receita Federal e Banco Central do Brasil (BACEN).

Assim, o contribuinte é o importador, a base de cálculo é a própria declaração de importação e o produto da arrecadação destinado ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF.

Desse modo, denota-se que a exação em comento preenche os requisitos caracterizadores da taxa, decorrente do poder de polícia, inexistindo qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade em sua instituição.

Já em relação ao art. 3º da Lei nº 9.716/98, esta fixou o valor inicial da taxa SISCOMEX e no § 2º do citado dispositivo legal delegou ao regulamento a possibilidade de reajustar, anualmente, o valor da taxa "conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos ao SISCOMEX".

O E. Supremo Tribunal Federal decidiu que majoração por Portaria do Ministério da Fazenda afronta à legalidade tributária, declarando inconstitucional a majoração da taxa de utilização do SISCOMEX, conforme a Portaria MF nº 257/11, confira-se:

"Direito Tributário. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. taxa de utilização do SISCOMEX. Majoração por portaria do Ministério da Fazenda. Afronta à Legalidade Tributária. Agravo regimental provido.

1. É inconstitucional a majoração de alíquotas da taxa de Utilização do SISCOMEX por ato normativo infralegal. Não obstante a lei que instituiu o tributo tenha permitido o reajuste dos valores pelo Poder Executivo, o Legislativo não fixou balizas mínimas e máximas para uma eventual delegação tributária.

2. Conforme previsto no art. 150, I, da Constituição, somente lei em sentido estrito é instrumento hábil para a criação e majoração de tributos. A Legalidade Tributária é, portanto, verdadeiro direito fundamental dos contribuintes, que não admite flexibilização em hipóteses que não estejam constitucionalmente previstas.

3. Agravo regimental a que se dá provimento tão somente para permitir o processamento do recurso extraordinário.

(RE 959274 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 11-10-2017 PUBLIC 13-10-2017)."

"Agravamento regimental no recurso extraordinário. taxa SISCOMEX. Majoração. Portaria. Delegação. Artigo 3º, § 2º, Lei nº 9.716/98. Ausência de balizas mínimas definidas em lei. Princípio da Legalidade. Violação. Atualização. Índices oficiais. Possibilidade.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acompanhado um movimento de maior flexibilização do Princípio da Legalidade em matéria de delegação legislativa, desde que o legislador estabeleça o desenho mínimo que evite o arbítrio.

2. Diante dos parâmetros já traçados na jurisprudência da Corte, a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal.

3. Esse entendimento não conduz à invalidade da taxa SISCOMEX, tampouco impede que o Poder Executivo atualize os valores previamente fixados na lei, de acordo com os índices oficiais, conforme amplamente aceito na jurisprudência da Corte.

4. Agravo regimental não provido.

5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais."

(RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018).

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA INTEGRADO DE COMÉRCIO EXTERIOR – SISCOMEX. MAJORAÇÃO. PORTARIA MF 257/2011. 1. É inconstitucional a majoração da taxa SISCOMEX promovida pela Portaria MF 257/2011. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 1089538 AgR-segundo, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 15/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 27-03-2019 PUBLIC 28-03-2019)

Dessa forma, deve ser afastado o recolhimento da taxa de Utilização do SISCOMEX na forma majorada pela Portaria nº 257/2011, face sua ilegalidade, autorizando a impetrante a recolher a referida taxa de acordo com os valores elencados na Lei nº 9.716/98.

Por outro lado, a jurisprudência do STF é no sentido de permitir que o Poder Executivo atualize os valores fixados em lei em percentual não superior aos índices oficiais de correção monetária e a manutenção da majoração até o limite da variação do INPC no período (RE 1095001 e RE 1111866).

Nos termos em que explicitado no RE 1.111.866, a variação da inflação medida pelo INPC no período de 01 de janeiro de 1999 a 30 de abril de 2011 foi de 131,60%, e este deve ser o índice de reajuste a ser aplicado.

Dessa forma, enquanto não sobrevier novo ato Executivo fixando os novos valores da taxa Siscomex, é possível apenas sua correção pelo índice oficial da inflação (ficando restrita a legalidade à exigência do reajuste de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011).

Na hipótese, deve ser declarada a ilegalidade do reajuste da Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX promovido pela Portaria MF nº 257/2011 na parte em que excedeu o índice oficial da inflação (ficando restrita a legalidade à exigência do reajuste de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011).

Os créditos ficam sujeitos à atualização pela taxa SELIC a partir do mês seguinte ao do pagamento indevido (art. 39, §4º, da Lei 9.250/95 e c/c o art. 73 da Lei 9.532/97).

A correção do indébito deve ser aquela estabelecida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

Destarte, tem-se permitida a atualização da taxa SISCOMEX por meio da aplicação dos índices oficiais, segundo sólida orientação do C. STF, assim entendida:

"Agravamento regimental no recurso extraordinário. Taxa SISCOMEX. Majoração. Portaria. Delegação. Artigo 3º, § 2º, Lei nº 9.716/98. Ausência de balizas mínimas definidas em lei. Princípio da Legalidade. Violação. Atualização. Índices oficiais. Possibilidade.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acompanhado um movimento de maior flexibilização do Princípio da Legalidade em matéria de delegação legislativa, desde que o legislador estabeleça o desenho mínimo que evite o arbítrio.

2. Diante dos parâmetros já traçados na jurisprudência da Corte, a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal.

3. Esse entendimento não conduz à invalidade da taxa SISCOMEX, tampouco impede que o Poder Executivo atualize os valores previamente fixados na lei, de acordo com os índices oficiais, conforme amplamente aceito na jurisprudência da Corte.

4. Agravo regimental não provido.

5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais.

(RE 1095001 AgR, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018)

Agravamento regimental em recurso extraordinário.

(...)

2. Direito Tributário.

3. Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX).

4. A jurisprudência desta Corte consagrou entendimento no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da majoração da Taxa de Utilização do SISCOMEX por ato normativo infralegal, mas sem contudo impedir que o Poder Executivo atualize os valores fixados em lei para a referida taxa em percentual não superior aos índices oficiais de correção monetária.

5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

7. Devida majoração da verba honorária procedida pela decisão agravada. Nova majoração em 20% do valor da verba honorária fixada na origem.

(RE 1130979 AgR, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 29-03-2019 PUBLIC 01-04-2019)

No mesmo sentido, trago à colação precedentes desta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. TAXA SISCOMEX. MAJORAÇÃO. PORTARIA MF 257/11. IN RFB 1.158/11. INVALIDADE. 1. É inconstitucional a majoração da Taxa Siscomex operacionalizada por ato infralegal, pois a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei 9.716/1998, em ofensa ao princípio da legalidade, não fixou balizas para tal, sem embargo da possibilidade de atualização conforme os índices oficiais de correção monetária. 2. Apelação provida."

(TRF-3 - ApCiv: 50007394620174036118 SP, Relator: Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, Data de Julgamento: 19/05/2020, 4ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 25/05/2020)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA SISCOMEX. ANÁLISE DE VALIDADE DA TAXA, BEM COMO DE SUA MAJORAÇÃO DETERMINADA PELA PORTARIA MF 257/2011. LEGITIMIDADE DA TAXA, PORÉM MAJORAÇÃO ADMITIDA SOMENTE NO QUE TOCA À APLICAÇÃO DOS ÍNDICES OFICIAIS DE CORREÇÃO MONETÁRIA. SENTENÇA IMPROCEDENTE. APELO DO CONTRIBUINTE PROVIDO. - Constitucionalidade/legalidade da taxa SISCOMEX e de sua alteração. Já foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal o tema atinente à validade da taxa SISCOMEX nos moldes em que instituída pela Lei n. 9.716/98. - O que é vedado constitucionalmente é a instituição ou o aumento de tributo sem esteio em lei, no entanto, não há que se confundirem os vocábulos "reajuste" e "majoração". O primeiro (caso dos autos) diz respeito à atualização monetária e não ao seu efetivo aumento, o que inclusive está previsto no artigo 97, § 2º, do Código Tributário Nacional. Assim, tem-se permitida a atualização da taxa SISCOMEX por meio da aplicação dos índices oficiais, tese inclusive ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual se posicionou sobre a matéria nos seguintes termos - Não há se falar em afronta ao princípio da isonomia, dado que o tratamento igualitário foi concedido a todos os que procedessem ao registro de declaração de importação (DI). Em realidade, somente poder-se-ia cogitar uma abordagem desigual se algum contribuinte enquadrado nessa categoria fosse prejudicado ou beneficiado de alguma forma em detrimento dos demais - Iguamente não restam violados os princípios da moralidade ou da impessoalidade, uma vez que, ao alterar os valores dessa taxa com fulcro em delegação legislativa expressa, não está o Ministro da Fazenda a agir em desconformidade com preceitos éticos ou em descumprimento do seu dever de imparcialidade na defesa do interesse público - Dado provimento ao apelo do contribuinte para reformar a sentença a fim de reconhecer a invalidade da taxa SISCOMEX naquilo que superar os índices oficiais de correção monetária, conforme fundamentação."

(TRF-3 - ApCiv: 50025149320174036119 SP, Relator: Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA MARTINS, Data de Julgamento: 17/02/2020, 4ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 26/02/2020)

Com relação à prescrição, anote-se que para as ações ajuizadas a partir de 9/6/2005, como no presente caso, o prazo prescricional para a repetição ou compensação de indébito é quinquenal, nos termos da orientação firmada pelo e. STF, no julgamento do RE 566621/RS, sob o regime de repercussão geral

No mais, é bem de ver que a jurisprudência se consolidou pela possibilidade de utilização do mandado de segurança para declaração do direito de compensação, conforme o enunciado 213 da sua Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

O mandado de segurança, no entanto, não é viável para o pleito de repetição de indébito, pela restituição, porque não é substitutivo de ação de cobrança, conforme a Súmula 269 do STF:

O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

No presente caso, a parte postula o reconhecimento do direito à compensação e à restituição. Contudo, é possível, por esta via, somente se declarar o direito à compensação, a ser promovida na via administrativa, observados os parâmetros legais e o prazo prescricional.

Deveras, quanto à análise da compensação tributária em sede mandamental, observo que o próprio C. STJ tem reiterado a aplicação do seu Enunciado 213, limitando, *in casu*, a prova à simples condição de credora tributária, por não se confundir com os fundamentos adotados no REsp 1.111.164/BA, afinal ao Poder Judiciário cabe tão somente a declaração do direito à compensação, ficando o ajuste de contas a cargo do Fisco no exercício da atividade que lhe é própria, sujeitando-se toda a operação à fiscalização e ao controle da autoridade administrativa.

Nesse sentido, colaciono:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPENSAÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 213 DO STJ). PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA PÚBLICA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Quando a Súmula 213/STJ afirma que o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, não retira do writ a sua natureza mandamental. O órgão julgador declara o direito à compensação, determina o regime jurídico aplicável e concede ordem para que a autoridade tributária não exija o tributo considerado indevido, nem obstaculize o encontro de contas nos termos fixados judicialmente.

2. É preciso ressaltar que ao Judiciário caberá apenas a declaração do direito à compensação, sendo certo que o ajuste de contas, em se tratando de ICMS, será feito administrativamente e sujeito a conferência e posterior homologação pela autoridade competente.

3. A alegação, referente ao pedido de suspensão do processo até o julgamento da questão prejudicial de ilegitimidade passiva da suposta autoridade coatora, no REsp. 1.352.425/MG, ficou prejudicada, tendo em vista que foi negado seguimento ao Recurso Especial da Fazenda Pública, em 26.5.2015.

4. Agravo Regimental da Fazenda Pública desprovido."

(AgRg no RMS 39.625/MG, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, j. 20/02/2018, DJe 05/03/2018; destaque)

No caso em concreto, a impetrante carrou aos autos documentos que comprovam a sua condição de credora tributária das exações em questão por meio de documentos (ID nº 51034178), satisfazendo a exigência para fins de compensação.

Assim, no caso, deve ser declarado o direito à compensação, observado o lustro prescricional de cinco anos anteriores à propositura da ação, na forma da legislação de regência, que deverá ser realizada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, observando-se o disposto no artigo 170-A do CTN, e com a incidência de correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, sobre os valores a serem compensados junto ao Fisco, desde o recolhimento indevido.

Ante o exposto, **dou parcial** provimento à apelação da União Federal, para reconhecer a necessidade de atualização monetária do valor da taxa segundo os índices oficiais de inflação no período de 01.01.1999 a 30.04.2001. **Dou parcial** provimento à remessa oficial, apenas para reconhecer a impossibilidade de deferimento de restituição de valores nos presentes autos, nos termos da fundamentação. **Nego** provimento à apelação da impetrante.

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO. DESCABIMENTO. MAJORAÇÃO PORTARIA MF 257/11. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VALOR DA TAXA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICES OFICIAIS. POSSIBILIDADE.

1. A exação em comento preenche os requisitos caracterizadores da taxa, decorrente do poder de polícia, inexistindo qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade em sua instituição.
2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da delegação de competência tributária, nos termos do artigo 3º, § 2º, da Lei Federal nº. 9.716/98, materializada na edição da portaria MF nº 257/11, sem embargo da possibilidade de atualização do valor da taxa conforme os índices oficiais de correção monetária.
3. No tocante à possibilidade de atualização monetária do valor da taxa, verifico que ela criada pela Lei n. 9.716/98, publicada em 27/11/1998, fruto da conversão da MP n. 1.725/98, a taxa apenas passou a ser exigível em 01/01/1999, do que justifica-se a correção de seu valor apenas a contar de jan/1999. Ademais, conquanto a discussão refira-se ao afastamento da Portaria MF n. 257/11, de 23/05/2011, natural que a correção monetária seja admitida até abril/2011, pois foi naquele momento que a União entendeu, dentro de seu juízo de discricionariedade, pela correção do tributo.
4. Consoante a dicação da Súmula nº 269 do C. STF, em sede mandamental não é possível o deferimento de pedido de restituição de valores.
5. Apelação da União Federal e remessa oficial parcialmente providas, apelação da impetrante improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e negar provimento à apelação da impetrante, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006073-47.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MERCADAO DE CARNES JABAQUARA LTDA - EPP, MERCADAO DE CARNES JABAQUARA LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

Advogados do(a) APELADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006073-47.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MERCADAO DE CARNES JABAQUARA LTDA - EPP, MERCADAO DE CARNES JABAQUARA LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

Advogados do(a) APELADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 139124864) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 132752342) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e deu parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, apenas para declarar que a compensação a ser efetuada pela impetrante deve observar o disposto no artigo 26-A, da Lei nº 11.457/2007, incluído pela Lei nº 13.670/2018.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 143191042).

É o relatório.

APELADO: MERCADAO DE CARNES JABAQUARA LTDA - EPP, MERCADAO DE CARNES JABAQUARA LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

Advogados do(a) APELADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'.

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000572-94.2019.4.03.6106

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DIBRAL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: LUIS AUGUSTO DA SILVA GOMES - SP154138-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000572-94.2019.4.03.6106

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DIBRAL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: LUIS AUGUSTO DA SILVA GOMES - SP154138-A, GUSTAVO HENRIQUE DOS SANTOS VISEU - SP117417-A, CARLOS EDUARDO DE ARRUDA NAVARRO - SP258440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 143334028) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 136210401) que, nos termos do artigo 932, do CPC, deu parcial provimento à apelação da impetrante, para reconhecer o seu direito à exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como reconhecer o seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a esse título, observados a prescrição quinquenal e o disposto no art. 170-A, do CTN, acrescidos da variação da SELIC.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que no ICMS-ST, não há o mero trânsito contábil do valor do ICMS, seja porque ele é excluído do conceito de receita bruta/faturamento para o substituto – portanto até pode-se reconhecer que por ser mero trânsito, como definido pelo E. STF, acertadamente o legislador já havia excluído -, seja porque não há recolhimento nas operações subsequentes, pelo substituído. Portanto, com facilidade, pode-se depreender que o julgamento do RE nº 574.706/PR, ao qual se pretende atribuir a pecha de tábua de salvação para a tese, ele próprio, traz expressamente ou extraído da *ratio decidendi*, a absoluta impossibilidade de extensão ou inaplicabilidade à hipótese do ICMS-ST. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 143702577).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000572-94.2019.4.03.6106

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DIBRAL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: LUIS AUGUSTO DA SILVA GOMES - SP154138-A, GUSTAVO HENRIQUE DOS SANTOS VISEU - SP117417-A, CARLOS EDUARDO DE ARRUDA NAVARRO - SP258440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS-ST na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, não se incorporou ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Saliento que a mesma orientação deve ser aplicada à exclusão do ICMS em substituição tributária, em consonância com entendimento existente tanto no C. STJ como nesta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. ICMS POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (ICMS/ST). INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO.

1. Inexiste violação ao artigo 535 do CPC quando o acórdão impugnado aplica tese jurídica devidamente fundamentada, de forma clara e precisa, promovendo a integral solução da controvérsia.

2. A controvérsia dos autos, gira em torno da possibilidade ou não da inclusão do valor do ICMS por substituição tributária (ICMS/ST), em sua própria base de cálculo.

3. Firmou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, sendo, portanto, legal a sistemática do "cálculo por dentro" para aferição da base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, § 1º, I, da LC n. 87/96.

4. A dívida dos autos é se essa mesma regra aplica-se para o ICMS substituição tributária. A substituição tributária se trata de mecanismo de arrecadação no qual um terceiro sujeito se insere na relação jurídica entre o fisco e o contribuinte de modo a antecipar o pagamento devido por este, cabendo o ressarcimento decorrente do regime plurifásico.

5. O ICMS/ST não é um tributo diferente do ICMS próprio. A base de cálculo do ICMS não sofre modificação quando se trata de arrecadação mediante substituição tributária, como ocorre na hipótese em exame.

E nem poderia ser diferente, uma vez que, como a própria nomenclatura informa, a substituição tributária trata-se de uma técnica de arrecadação e fiscalização fazendária, não tendo o condão de afastar a aplicabilidade da norma disposta no artigo 13, § 1º, I, da LC 87/96.

6. O ICMS e o ICMS/ST são o mesmo tributo, portanto, não há como julgá-los e entendê-los de maneira diversa, pois trata-se apenas de aplicar um regime diferenciado para simplificar a tributação e fiscalização. Assim sendo, é ínsito que a base de cálculo do ICMS substituição tributária seja integrado pelo montante do próprio imposto. Do contrário, não seria ICMS, mas outro tributo.

7. Recurso especial não provido."

(REsp 1454184/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 09/06/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO. SUSPENSÃO DO FEITO. DESNECESSIDADE. ART. 1.035, § 11, DO CPC. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRADO DESPROVIDO.

- Inicialmente, destaque-se que, para a aplicação do entendimento sedimentado no acórdão proferido no RE n.º 574.706, afigura-se suficiente a publicação da respectiva ata de julgamento, o que ocorreu em 20/03/2017 (DJe n.º 53), conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Nesse contexto, evidencia-se desarrazoado o pleito de sobrestamento do processo até a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração opostos (arts. 489, 525, 926, 927, 1.040 do CPC e art. 27 da Lei n.º 9.868/99), como requerido. Saliente-se também que eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do julgado do STF não comporta efeito suspensivo e, ainda que assim não fosse, a via eleita não se mostra adequada para o pedido de sobrestamento apresentado.

- A decisão recorrida deu parcial provimento ao apelo interposto. Foi considerada para tanto a jurisprudência da Corte Suprema no sentido do reconhecimento de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS (RE n.º 574.706, com repercussão geral). Nesse contexto, não há se falar em permanência da validade da inclusão discutida (Leis n.º 10.637/02 e n.º 10.833/03) e afasta-se, também, a argumentação relativa às alíneas "b" e "c" do inciso I do artigo 195 da CF, haja vista o entendimento firmado no julgamento mencionado, o qual esgotou a matéria e fundamenta o decisum ora agravado.

- Restou consignado ainda que, inobstante ao precedente mencionado não ter feito referência alguma a respeito do ICMS recolhido em regime de substituição tributária (ICMS-ST), há que se concluir igualmente a respeito de tal possibilidade, especialmente em observância da isonomia entre os contribuintes sujeitos à substituição tributária e outros responsáveis pelo pagamento tão somente de seu próprio ICMS, bem como que o ICMS-ST não constitui tributo diverso do ICMS próprio, mas apenas uma técnica de arrecadação que concentra no industrial ou no importador (a depender da relação jurídica envolvida) o ônus da retenção e pagamento antecipado da exação estadual, conforme jurisprudência do STJ.

- Destarte, inalterada a situação fática e devidamente enfrentados os argumentos deduzidos, naquilo que relevantes para a solução das questões controvertidas, justifica-se a manutenção da decisão recorrida.

- Agravo interno desprovido." (destaque nosso)

(TRF 3ª Região, PJe n.º 5023913-41.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE, Quarta Turma, jul. 11/10/2019, Intimação via sistema DATA: 17/10/2019).

O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 300605 - 0002938-20.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 24/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/01/2018), entendimento aplicável ao caso dos autos.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial I DATA: 06/12/2018).

Comrelação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, do C. STJ e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS-ST AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, do C. STJ e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. Saliento que a mesma orientação deve ser aplicada à exclusão do ICMS em substituição tributária, em consonância com o entendimento existente tanto no C. STJ como nesta E. Turma.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000441-31.2019.4.03.6103

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, RETROVEX INDUSTRIA E COMERCIO DE ARTEFATOS PLASTICOS EIRELI - EPP

Advogado do(a) APELANTE: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

APELADO: RETROVEX INDUSTRIA E COMERCIO DE ARTEFATOS PLASTICOS EIRELI - EPP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000441-31.2019.4.03.6103

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO JOSE DOS CAMPOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, RETROVEX INDUSTRIA E COMERCIO DE ARTEFATOS PLASTICOS EIRELI - EPP

Advogado do(a) APELANTE: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

APELADO: RETROVEX INDUSTRIA E COMERCIO DE ARTEFATOS PLASTICOS EIRELI - EPP, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO JOSE DOS CAMPOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 138638007) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 135468043) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da impetrante e deu parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, apenas para declarar que a compensação a ser efetuada pela impetrante deve observar o disposto no artigo 26-A, da Lei nº 11.457/2007, incluído pela Lei nº 13.670/2018.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 142910345).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000441-31.2019.4.03.6103

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO JOSE DOS CAMPOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, RETROVEX INDUSTRIA E COMERCIO DE ARTEFATOS PLASTICOS EIRELI - EPP

Advogado do(a) APELANTE: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

APELADO: RETROVEX INDUSTRIA E COMERCIO DE ARTEFATOS PLASTICOS EIRELI - EPP, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO JOSE DOS CAMPOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'.

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Comrelação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000363-36.2006.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

APELADO: LAUZANE COMERCIAL E TERRAPLANAGEM LTDA - ME, MANOEL ANTONIO DA SILVA, DIJANETE MARIA DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: ALINE DE ALENCAR BRAZ DA CRUZ - SP228298-A

Advogado do(a) APELADO: ALINE DE ALENCAR BRAZ DA CRUZ - SP228298-A

Advogado do(a) APELADO: ALINE DE ALENCAR BRAZ DA CRUZ - SP228298-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000363-36.2006.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

APELADO: LAUZANE COMERCIAL E TERRAPLANAGEM LTDA - ME, MANOEL ANTONIO DA SILVA, DIJANETE MARIA DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: ALINE DE ALENCAR BRAZ DA CRUZ - SP228298-A

Advogado do(a) APELADO: ALINE DE ALENCAR BRAZ DA CRUZ - SP228298-A

Advogado do(a) APELADO: ALINE DE ALENCAR BRAZ DA CRUZ - SP228298-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal, ajuizada em 23.01.2006, pela FAZENDA NACIONAL em face de LAUZANE COMERCIAL E TERRAPLANAGEM LTDA. – ME, objetivando a cobrança de débitos relativos ao IRPJ, à CSLL, à COFINS e ao PIS.

Despacho citatório proferido em 06.02.2006.

Frustrada a tentativa de citação da executada via postal, conforme aviso de recebimento juntado aos autos.

Certidão do Oficial de Justiça, datada de 20.06.2007, constando que: dirigiu-se ao endereço indicado no Mandado, em diversas ocasiões e horários, sempre encontrando o local fechado, sem aparência de atividade no local; retornou, por fim, em 28.05.2007, encontrando novamente o local fechado; diligenciando junto à vizinhança, foi informado de que a executada havia encerrado as atividades no local há muito tempo, sendo que o antigo proprietário, Sr. Manoel, estava trabalhando num depósito de entulho nas proximidades; diligenciando para o endereço informado, encontrou o Sr. Manoel Antonio da Silva, que confirmou ser o representante legal da executada, motivo pelo qual procedeu à citação da empresa executada em sua pessoa; decorrido o prazo legal, sem notícia de pagamento ou indicação de bens à penhora, deixou de proceder a esta última por não ter encontrado bens passíveis de constrição judicial, informando o Sr. Manoel que a executada não possui qualquer bens, tendo encerrado suas atividades há muitos anos.

Com fundamento no art. 40 da Lei nº 6.830/80, em 14.08.2007 foi suspenso o curso da presente execução fiscal, ficando os autos suspensos em secretaria pelo prazo de um ano, nos termos dos §§ 2º e 4º do mesmo artigo.

Em 23.06.2010 a União requereu a inclusão dos sócios da empresa executada no polo passivo, Srs. Manoel Antonio da Silva e Dijanete Maria da Silva, pleito indeferido em 27.08.2010, tendo a exequente interposto agravo de instrumento, ao qual foi dado provimento.

Em 16.01.2013, em face do decidido no Agravo de Instrumento, determinou a inclusão no polo passivo e citação dos referidos sócios, na qualidade de responsáveis tributários.

Os sócios foram citados em 18.09.2012, via postal, conforme aviso de recebimento juntado aos autos.

Oposta exceção de pré-executividade pelos sócios, alegando ilegitimidade passiva.

Também a empresa executada opôs exceção de pré-executividade, alegando a ocorrência de prescrição do crédito tributário.

Declarado a prescrição e julgado extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC, em relação às inscrições de nºs 80.2.04.001115-92, 80.6.03.061723-53, 80.6.04.001758-32, 80.6.04.001759-13, 80.7.03.023702-39 e 80.7.04.000482-00 e, diante da informação de pagamento da CDA nº 806.03.074790-29, julgado extinta a presente execução fiscal, com fulcro no art. 924, II, do CPC, com condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios, observados os percentuais mínimos fixados nas faixas dos incisos I a V, do § 3º, do art. 85, do CPC, conforme estabelecido no § 5º do mesmo dispositivo processual.

Interposto recurso de apelação pela União, sustentando a não ocorrência de prescrição no tocante às CDAs nºs 80.6.03.061723-53 e 80.7.03.023702-39, em razão da adesão da executada ao parcelamento.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000363-36.2006.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

APELADO: LAUZANE COMERCIAL E TERRAPLANAGEM LTDA - ME, MANOEL ANTONIO DA SILVA, DIJANETE MARIA DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: ALINE DE ALENCAR BRAZ DA CRUZ - SP228298-A

Advogado do(a) APELADO: ALINE DE ALENCAR BRAZ DA CRUZ - SP228298-A

Advogado do(a) APELADO: ALINE DE ALENCAR BRAZ DA CRUZ - SP228298-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o quer for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Deveras, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como aquele da situação dos autos, o e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que for posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010).

Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU A DATA DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação) é modo de constituição do crédito tributário.

2. O termo inicial do prazo prescricional para o fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da actio nata.

(...)

Agravo Regimental improvido."

(STJ, AgRg no REsp 1581258/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 13.04.2016)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. ART. 174 DO CTN. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005. PRECEDENTE EM RECURSO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO VERIFICADA.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), de Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA), ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário.

2. O referido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, in verbis: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

3. No caso dos autos, a entrega da declaração ocorreu em 20.1.1994 e 9.2.1994. Assim, declarados os débitos tributários, e pagos a menor, o prazo prescricional iniciou-se na data da entrega da declaração. Logo, ajuizada a ação de execução fiscal somente em março de 1999, já teria ocorrida a prescrição.

4. Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que a inscrição em dívida ativa, na hipótese ocorrida em 29.1.1999, não é capaz de suspender a prescrição, pois a regra do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/80 só se aplica a dívidas não tributárias, já que a prescrição referente a estas tem regramento em lei complementar - o art. 174 do CTN.

Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 154879/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 04.12.2012)

Súmula 436/STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco."

A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo ad quem de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

Eis o dispositivo e a ementa do mencionado recurso repetitivo:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos EREsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).

2. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, verbis:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

(Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.

4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, verbis:

"A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

6. Consequentemente, o dies a quo do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.

7. In casu: (i) cuida-se de créditos tributários atinentes a IRPJ (tributo sujeito a lançamento por homologação) do ano-base de 1996, calculado com base no lucro presumido da pessoa jurídica; (ii) o contribuinte apresentou declaração de rendimentos em 30.04.1997, sem proceder aos pagamentos mensais do tributo no ano anterior; e (iii) a ação executiva fiscal foi proposta em 05.03.2002.

8. Deveras, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, independentemente da forma de tributação (lucro real, presumido ou arbitrado), é devido mensalmente, à medida em que os lucros forem auferidos (Lei 8.541/92 e Regulamento do Imposto de Renda vigente à época - Decreto 1.041/94).

9. De acordo com a Lei 8.981/95, as pessoas jurídicas, para fins de imposto de renda, são obrigadas a apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior (artigo 56).

10. Assim sendo, não procede a argumentação da empresa, no sentido de que: (i) "a declaração de rendimentos ano-base de 1996 é entregue no ano de 1996, em cada mês que se realiza o pagamento, e não em 1997"; e (ii) "o que é entregue no ano seguinte, no caso, 1997, é a Declaração de Ajuste Anual, que não tem efeitos jurídicos para fins de início da contagem do prazo seja decadal, seja prescricional", sendo certo que "o Ajuste Anual somente tem a função de apurar crédito ou débito em relação ao Fisco." (fls. e-STJ 75/76).

11. Vishumbra-se, portanto, peculiaridade no caso sub examine, uma vez que a declaração de rendimentos entregue no final de abril de 1997 versa sobre tributo que já deveria ter sido pago no ano-calendário anterior; inexistindo obrigação legal de declaração prévia a cada mês de recolhimento, consoante se depreende do seguinte excerto do acórdão regional:

"Assim, conforme se extrai dos autos, a formalização dos créditos tributários em questão se deu com a entrega da Declaração de Rendimentos pelo contribuinte que, apesar de declarar os débitos, não procedeu ao devido recolhimento dos mesmos, com vencimentos ocorridos entre fevereiro/1996 a janeiro/1997 (fls. 37/44)."

12. Consequentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, in casu, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).

13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor; consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).

14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.

15. A doutrina abalizada é no sentido de que:

"Para CÂMARA LEAL, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a 'possibilidade de reviver', pois não há sentido a priori em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo).

Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição.

Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil:

'Art. 219. A citação válida torna preventivo o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.' Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação.

Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição." (Eurico Marcos Diniz de Santi, in "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233)

16. Destarte, a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.

17. Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, § 2º, do CPC).

18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(STJ, Primeira Seção, REsp 1.120.295/SP, Relator Ministro Luiz Fux, j. 12.05.2010, DJe 21.05.2010)

O termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário. No entanto, se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, I E II DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. PARCELAMENTO. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO CONFIGURADA. PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que a adesão a parcelamento tributário é causa de suspensão da exigibilidade do crédito e interrompe o prazo prescricional, por constituir reconhecimento inequívoco do débito, nos termos do art. 174, IV, do CTN, voltando a correr o prazo a partir do inadimplemento da última parcela pelo contribuinte.

4. Ao dirimir a controvérsia, a Corte local, em consonância com o entendimento do STJ e com base nos elementos probatórios juntados aos autos, considerou não caracterizada a prescrição, em virtude da sua interrupção por adesão a programa de parcelamento.

(...)"

(STJ, Segunda Turma, REsp 1.728.845/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 10.04.2018, DJe 28.05.2018)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO PARCELADO ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPEDIMENTO DE O FISCO EXECUTAR QUALQUER ATO DE COBRANÇA CONTRA O DEVEDOR. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) obstam a prática de atos que visem à sua cobrança, tais como inscrição em Dívida Ativa, execução e penhora. Precedentes: EREsp. 572.603/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 5.9.2005; AgRg no AREsp. 356.479/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 8.4.2016.

3. Na espécie, o acórdão recorrido consignou que houve o parcelamento do débito tributário no período de 4/2000 a 3/2008, e a Execução Fiscal foi proposta em 8.9.2003. Assim, havendo causa suspensiva da exigibilidade do crédito devido, o Fisco deveria se manter inerte, sem praticar qualquer ato de cobrança ao contribuinte, uma vez que não há nenhum prejuízo à parte exequente, já que a prescrição do crédito também se encontra suspensa.

4. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento."

(STJ, Primeira Turma, AgInt no REsp 1.588.781/CE, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 30.11.2017, DJe 06.12.2017)

In casu, o despacho citatório foi proferido em 06.02.2006, posteriormente, portanto, à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09.06.2005, aplicando-se ao caso concreto a novel redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUÇÃO. PRECEDENTES.

1. A prescrição, posto referir-se à ação, quando alterada por novel legislação, tem aplicação imediata, conforme cedição na jurisprudência do Eg. STJ.
2. O artigo 40 da Lei nº 6.830/80, consoante entendimento originário das Turmas de Direito Público, não podia se sobrepor ao CTN, por ser norma de hierarquia inferior, e sua aplicação sofria os limites impostos pelo artigo 174 do referido Código.
3. A mera prolação do despacho ordinatório da citação do executado, sob o enfoque supra, não produzia, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN.
4. O processo, quando paralisado por mais de 5 (cinco) anos, impunha o reconhecimento da prescrição, quando houvesse pedido da parte ou de curador especial, que atuava em juízo como patrono sui generis do réu revel citado por edital.
5. A Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).
6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.
7. É cedição na Corte que a Lei de Execução Fiscal - LEF - prevê em seu art. 8º, III, que, não se encontrando o devedor, seja feita a citação por edital, que tem o condão de interromper o lapso prescricional. (Precedentes: REsp 1103050/BA, PRIMEIRA SEÇÃO. Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 06/04/2009; AgRg no REsp 1095316/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 12/03/2009; AgRg no REsp 953.024/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 15/12/2008; REsp 968525/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ. 18.08.2008; REsp 995.155/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ. 24.04.2008; REsp 1059830/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ. 25.08.2008; REsp 1032357/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ. 28.05.2008).
8. In casu, o executivo fiscal foi proposto em 29.08.1995, cujo despacho ordinatório da citação ocorreu anteriormente à vigência da referida Lei Complementar (fls. 80), para a execução dos créditos tributários constituídos em 02/03/1995 (fls. 81), tendo a citação por edital ocorrido em 03.12.1999.
9. Destarte, resoa inequívoca a inocorrência da prescrição relativamente aos lançamentos efetuados em 02/03/1995 (objeto da insurgência especial), porquanto não ultrapassado o lapso temporal quinquenal entre a constituição do crédito tributário e a citação editalícia, que consubstancia marco interruptivo da prescrição.
10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(Primeira Seção, REsp 999901/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 13.05.2009, DJe 10.06.2009)

No caso dos autos, a CDA nº 80.6.03.061723-53 se refere à CSLL e a CDA nº 80.7.03.023702-39 é relativa ao PIS, ambas do período de apuração 1998, exercício 1999, cuja declaração foi entregue à Receita Federal em 17.09.1999 (ID 135073608, p. 256).

Por sua vez, constata-se que referidos créditos foram objeto de pedido de parcelamento em 13.11.2003, com rescisão em 14.11.2004. Assim, enquanto vigorou o parcelamento o crédito tributário permaneceu com a exigibilidade suspensa e o prazo prescricional restou interrompido.

Nesse sentido, já se manifestou o C. STJ:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE ADESÃO A PARCELAMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. OCORRÊNCIA. PRAZO CUJA CONTAGEM VOLTA A FLUIR LOGO APÓS A FORMULAÇÃO DO PEDIDO DO CONTRIBUINTE. AGRAVO INTERNO DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. É firme o entendimento desta Corte de que o pedido de parcelamento fiscal interrompe o lapso da prescrição, ainda que indeferido, visto que configura confissão extrajudicial do débito, nos termos do art. 174, pará. único, IV do CTN.
2. Logo após a formulação do pedido de parcelamento, o lapso temporal prescricional interrompido volta a fluir normalmente, podendo o Fisco cobrar o valor remanescente. Precedente da lavra da eminente Ministra REGINA HELENA COSTA no AgInt no REsp.

1.405.175/SE, DJe 12.5.2016, seguido pelo eminente Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES no AgInt no REsp. 1.587.677/PR, DJe 19.12.2016.

3. Agravo Interno da Contribuinte a que se dá provimento."

(STJ, Primeira Turma, AgInt no AgRg no REsp 1480908/RS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 05.05.2020, DJe 12.05.2020)

Ainda, por se tratar de dívida tributária, não se aplica a suspensão do prazo prescricional por 180 dias, baseada no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80.

Sobre o tema já se manifestou a Corte Superior:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. ART. 2º, § 3º, DA LEI 6.830/80. SUSPENSÃO POR 180 DIAS. NORMA APLICÁVEL SOMENTE ÀS DÍVIDAS NÃO TRIBUTÁRIAS. FEITO EXECUTIVO AJUIZADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LC 118/2005. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO: CITAÇÃO. MORATÓRIA. SUSPENSÃO. LEIS MUNICIPAIS. SÚMULA 280/STF.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte é assente quanto à aplicabilidade do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/80 (suspensão da prescrição por 180 dias por ocasião da inscrição em dívida ativa) somente às dívidas de natureza não-tributária, devendo ser aplicado o art. 174 do CTN, para as de natureza tributária. No processo de execução fiscal, ajuizado anteriormente à Lei Complementar 118/2005, o despacho que ordena a citação não interrompe o prazo prescricional, pois somente a citação produz esse efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º, da Lei 6.830/80.

[...]

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido."

(Segunda Turma, REsp 1192368/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 07.04.2011, DJe 15.04.2011)

Desse modo, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo quinquenal entre a data da constituição do crédito referente às CDAs nºs 80.6.03.061723-53 e 80.7.03.023702-39 (17.09.1999) e a data do ajuizamento da ação (12.01.2006), considerando a interrupção do prazo prescricional quando da adesão do contribuinte ao parcelamento (entre 13.11.2003 e 14.11.2004) e que a interrupção da prescrição, tanto pela citação do devedor e como pelo despacho que a ordenar, retroage à data do ajuizamento da ação, conforme decidido pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso de apelação da União**, para afastar a ocorrência de prescrição, tocante às CDAs nºs 80.6.03.061723-53 e 80.7.03.023702-39, devendo os autos retornarem à primeira instância para prosseguimento do feito em relação a essas inscrições, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

I - Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

II - O E. STJ firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que for posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010). Nesse sentido: EDcl no REsp nº 362.256/SC.

III - O prazo de suspensão da prescrição por 180 dias, previsto no § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.830/80, somente se aplica às dívidas de natureza não tributária. Entendimento pacificado do E. STJ.

IV - A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo *ad quem* de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

V - O termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário; se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

VI - *In casu*, o despacho citatório foi proferido em 06.02.2006, posteriormente, portanto, à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09.06.2005, aplicando-se ao caso concreto a novel redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

VII - No caso dos autos, a CDA nº 80.6.03.061723-53 se refere à CSLL e a CDA nº 80.7.03.023702-39 é relativa ao PIS, ambas do período de apuração 1998, exercício 1999, cuja declaração foi entregue à Receita Federal em 17.09.1999 (ID 135073608, p. 256).

VIII - Por sua vez, constata-se que referidos créditos foram objeto de pedido de parcelamento em 13.11.2003, com rescisão em 14.11.2004. Assim, enquanto vigorou o parcelamento o crédito tributário permaneceu com a exigibilidade suspensa e o prazo prescricional restou interrompido. Precedentes do C. STJ.

IX - Desse modo, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo quinquenal entre a data da constituição do crédito referente às CDAs nºs 80.6.03.061723-53 e 80.7.03.023702-39 (17.09.1999) e a data do ajuizamento da ação (12.01.2006), considerando-se a interrupção do prazo prescricional operada pelo parcelamento (entre 13.11.2003 e 14.11.2004) e que a interrupção da prescrição, tanto pela citação do devedor como pelo despacho que a ordenar, retroage à data do ajuizamento da ação, conforme decidido pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

X - Recurso de apelação da União provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso de apelação da União, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0035263-59.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EDENRED BRASIL PARTICIPACOES S.A.

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE CASTRO CALLI - SP141206-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0035263-59.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EDENRED BRASIL PARTICIPACOES S.A.

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE CASTRO CALLI - SP141206-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal, ajuizada em 14.12.2017, pela FAZENDA NACIONAL em face de EDENRED BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A, objetivando a cobrança de débitos referentes ao IRPJ e à CSLL, períodos de apuração: 01.12.2002 e 01.12.2003, datas dos vencimentos: 31.01.2003 e 30.01.2004, constituídos ambos por Auto de Infração, com notificação pessoal em 29.03.2007.

Despacho citatório proferido em 09.02.2018.

Apresentada exceção de pré-executividade pela empresa executada, alegando que os referidos créditos tributários se encontram com a exigibilidade suspensa, por força de decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 5021055-37.2017.4.03.6100, em trâmite perante a 24ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo – SP, tendo sido a exequente devidamente cientificada da decisão que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário em execução em 11.12.2017, inexistindo, portanto, justificativa para que distribuisse a presente execução fiscal em 14.12.2017, requerendo a extinção deste feito, por faltar ao título executivo o requisito da exigibilidade (art. 783 do CPC/15).

Manifestação da União, em 14.05.2018, informando que, tendo a Fazenda Nacional sido cientificada da decisão judicial que determinou a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários em discussão em data anterior (11.12.2017) à data de ajuizamento deste executivo (14.12.2017), mister se reconhecer que o ajuizamento foi indevido, pois na data em que o mesmo ocorreu os créditos já estavam com a exigibilidade suspensa, requerendo, portanto, a extinção do feito, sem julgamento de mérito, com sua desoneração quanto ao ônus processual, ante a incidência do art. 26 da Lei nº 6.830/80.

Julgado extinta a execução, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, do CPC, com condenação da exequente ao pagamento de verba honorária, fixada nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º e incisos, observado o disposto no § 5º do mesmo dispositivo processual, sobre o valor da CDA, que corresponde ao benefício econômico.

Interposto recurso de apelação pela União, aduzindo que: o proveito econômico da executada não guarda relação com o valor da causa, pois o crédito, em razão da anulação, poderá ser objeto de novo lançamento e a executada poderá, inclusive, ser responsabilizada pelo referido crédito derivado de novo lançamento; desse modo, não se podendo mensurar o proveito econômico da apelada, de rigor a condenação a partir da apreciação equitativa observando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço; se observados tais parâmetros, fica claro o desarrazoado da decisão que condenou a apelante ao pagamento de honorários advocatícios em valor superior a R\$ 1.800.000,00, não obstante a causa não tenha demandado esforços que justificassem tal condenação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0035263-59.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EDENRED BRASIL PARTICIPACOES S.A.

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE CASTRO CALLI - SP141206-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

No caso dos autos, conforme reconhecido pela própria exequente, quando do ajuizamento da presente execução fiscal, o crédito tributário em comento estava com a exigibilidade suspensa, pela decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 5021055-37.2017.4.03.6100, não havendo qualquer dúvida, portanto, de que a União deve responder pelo pagamento da verba honorária, tanto que nem se insurgiu quanto a isso em seu recurso de apelação.

No tocante ao valor da verba honorária, verifica-se que foi arbitrada, fixada nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º e incisos, observado o disposto no § 5º do mesmo dispositivo processual, sobre o valor da CDA, argumentando a apelante que o valor da causa não corresponde ao proveito econômico obtido pela apelada.

Ora, ao contrário do alegado pela União em seu recurso, o proveito econômico obtido pela apelada corresponde efetivamente ao valor da causa na presente execução fiscal, uma vez que, se não tivesse havido o reconhecimento de que o ajuizamento deste feito foi indevido, por estar o crédito tributário com a exigibilidade suspensa, a empresa contribuinte teria que pagar exatamente o valor do crédito ora em cobrança, atualizado e acrescido dos encargos legais.

Considerando que o valor da causa, R\$ 47.467.846,99 em dezembro de 2017, atualizado para outubro de 2020, corresponde a R\$ 52.104.378,60, de acordo com os itens 1.1.3.2 (Cap. 1) e 4.2.1 (Cap. 4) do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução CJF nº 658/20, a verba honorária fixada conforme o disposto no art. 85, § 3º, nos percentuais mínimos previstos nos incisos I a IV, do NCPC, observando-se o disposto no § 5º, do mesmo dispositivo processual, corresponderá a montante superior a R\$ 2.000.000,00, considerando o mês de outubro de 2020, estando em dissonância com o entendimento desta Quarta Turma, bem como não atendendo aos critérios previstos nos incisos I a IV do § 2º do art. 85 do CPC, uma vez que, assim que intimada, a União requereu a extinção da execução fiscal.

Desse modo, entendendo deva ser reduzida a verba honorária para 1% sobre o valor atualizado da execução fiscal, consoante o entendimento desta Quarta Turma, bem como observando-se os critérios previstos nos incisos I a IV do § 2º do art. 85 do CPC, diante do reconhecimento da exequente na primeira oportunidade que teve para se manifestar.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso de apelação da União**, para reduzir o valor da verba honorária para 1% sobre o valor atualizado da execução fiscal, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa QUANDO DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. RECONHECIMENTO PELA EXEQUENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE.

I - No tocante ao valor da verba honorária, verifica-se que foi arbitrada, fixada nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º e incisos, observado o disposto no § 5º do mesmo dispositivo processual, sobre o valor da CDA, argumentando a apelante que o valor da causa não corresponde ao proveito econômico obtido pela apelada.

II - Ora, ao contrário do alegado pela União em seu recurso, o proveito econômico obtido pela apelada corresponde efetivamente ao valor da causa na presente execução fiscal, uma vez que, se não tivesse havido o reconhecimento de que o ajuizamento deste feito foi indevido, por estar o crédito tributário com a exigibilidade suspensa, a empresa contribuinte teria que pagar exatamente o valor do crédito ora em cobrança, atualizado e acrescido dos encargos legais.

III - Considerando que o valor da causa, R\$ 47.467.846,99 em dezembro de 2017, atualizado para outubro de 2020, corresponde a R\$ 52.104.378,60, de acordo com os itens 1.1.3.2 (Cap. 1) e 4.2.1 (Cap. 4) do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução CJF nº 658/20, a verba honorária fixada conforme o disposto no art. 85, § 3º, nos percentuais mínimos previstos nos incisos I a IV, do NCPC, observando-se o disposto no § 5º, do mesmo dispositivo processual, corresponderá a montante superior a R\$ 2.000.000,00, considerando o mês de outubro de 2020, estando em dissonância como entendimento desta Quarta Turma, bem como não atendendo aos critérios previstos nos incisos I a IV do § 2º do art. 85 do CPC, uma vez que, assim que intimada, a União requereu a extinção da execução fiscal.

IV - Desse modo, entendo deva ser reduzida a verba honorária para 1% sobre o valor atualizado da execução fiscal, consoante o entendimento desta Quarta Turma, bem como observando-se os critérios previstos nos incisos I a IV do § 2º do art. 85 do CPC, diante do reconhecimento da exequente na primeira oportunidade que teve para se manifestar.

V - Recurso de apelação da União provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5025960-47.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

RECORRENTE: INEIDA FERNANDES AVANSO

Advogado do(a) RECORRENTE: FABIO LUIS NEVES MICHELAN - SP244610-A

REQUERIDO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Embargos de declaração opostos pela UNIÃO (Id. 144935378) contra decisão que deferiu o pedido de antecipação da tutela recursal, “para determinar que à União Federal que forneça à requerente, no prazo de até 10 (dez) dias, atendimento médico domiciliar, de acordo com o prescrito por seus médicos assistentes, relativamente a medicamentos, insumos e equipe multidisciplinar, de maneira contínua, permanente e gratuita, enquanto houver necessidade, sob pena de multa diária no valor de R\$ 3.000,00” (Id. 143298032).

Sustenta, em síntese, que:

- a) a decisão é omissa e contraditória, porquanto estabeleceu a continuidade do tratamento, assim como determinado no agravo de instrumento, mas não se ateve aos requisitos do REsp 1.657.156;
- b) a sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido embasada na ausência de provas da necessidade dos medicamentos e insumos requeridos. Foi dada oportunidade à autora tal comprovação, mas não houve qualquer produção de prova nesse sentido;
- c) há contradição ao que prevê o REsp 1.657.156, dado que prevê a manutenção da medicação, não oferecida pelos SUS e sem comprovação de sua necessidade, que é o requisito mínimo a ser preenchido para a excepcionalidade em detrimento do interesse público;
- d) a concessão do atendimento 24 horas de “home care”, nos termos em que colocado, extrapola qualquer razoabilidade;
- e) a “parte autora já está sendo atendida pelo Município de Tupã em “unidade de cuidados domiciliares”, composta por auxiliares de enfermagem, enfermeiros e fisioterapeutas, com carga horária semanal de funcionamento de 30 horas, das 7 horas às 13 horas. Referiu, ademais, não contar com equipe multidisciplinar para atendimento domiciliar e que o serviço de atenção domiciliar (SAD) só é habilitado nas hipóteses de cobertura pelo SAMU”;
- f) a Portaria de Consolidação nº 5/2017, do Ministério da Saúde, não prevê a situação requerida pela autora;
- g) privilegiar a situação individual em detrimento do interesse público viola o princípio da universalidade do SUS, visto que muitos deixarão de ser atendidos pela destinação não justificada dos recursos.

É o relatório.

Decido.

O artigo 1.022 do Código de Processo Civil prevê o cabimento dos embargos de declaração quando a decisão incorrer em omissão, obscuridade ou contradição ou para corrigir erro material:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no [art. 489, § 1º](#).

Afirma a embargante que a decisão padece de omissão e contradição, porquanto não foi comprovada a necessidade dos medicamentos e insumos requeridos, motivo pelo qual a sentença julgou improcedente o pedido.

A decisão embargada não padece de qualquer vício. Como mencionado, o fornecimento dos medicamentos, insumos, tratamento multidisciplinar (fisioterapia, nutrição e fonoaudiologia) e acompanhamento domiciliar por *home care* por 24hs constam do relatório e prescrição médica, o que demonstra a sua necessidade. Confira-se:

"A demanda originária deste agravo de instrumento é uma ação ordinária que objetiva a condenação da União ao fornecimento à recorrente por prazo indeterminado de medicamentos, insumos e tratamento multidisciplinar (equipe de fisioterapia, nutrição e fonoaudiologia), inclusive acompanhamento domiciliar por home care por 24hs, de acordo com o relatório e prescrição médica: ENFERMAGEM 24 (VINTE E QUATRO) HORAS, SUPERVISÃO DE ENFERMAGEM QUINZENAL, FISIOTERAPIA MOTORA E RESPIRATÓRIA UMA VEZ AO DIA, NUTRICIONISTA QUINZENALMENTE, FONOAUDIOLOGIA, ALÉM DOS MEDICAMENTOS/SUPLEMENTOS DE USO CONTÍNUO (1200 ml/dia de TROPHIC BASIC, 7 FRALDAS GERIÁTRICA tamanho G (Bigral Plus/Confort Master) por dia, CONCOR 1,25mg – 2 vezes ao dia e XARELTO 15mg – 1 vez ao dia), INSUMOS PARA LIMPEZA E HIGIENIZAÇÃO PESSOAL, CAMA E COLCHÃO APROPRIADOS, ALÉM DE APARELHOS E EQUIPAMENTOS PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS DE ASPIRAÇÃO, SATURAÇÃO, INALAÇÃO, RESPIRAÇÃO E ALIMENTAÇÃO.

(...)

A documentação acostada aos autos comprova que a recorrente foi vítima de AVC e que está sob tratamento de responsabilidade dos Dr. José Roberto Guimarães, CRM-SP 78.405, e o Dr. José Eduardo Águas, CRM-SP 58.656, que indicaram como tratamento da moléstia: Por não haver relação de dieta padronizada do SUS, recomendo a nutrição de acordo com a patologia e as necessidades clínicas de nutricionais do paciente, além de fraldas geriátricas, equipe multidisciplinar, insumos e a utilização de medicamentos (1200 ml/dia de TROPHIC BASIC, CONCOR 1,25mg – 2 vezes ao dia e XARELTO 15mg – 1 vez ao dia) como forma de evitar o curso fatal da doença (Id.134123904 - Pág. 33/46)"

Constata-se, portanto, que restou comprovada a necessidade dos medicamentos, tratamento e acompanhamento domiciliar, razão pela qual a tutela foi deferida. Nesse sentido, destaco:

SERVIDOR PÚBLICO. MILITAR. TUTELA DE URGÊNCIA. ASSISTÊNCIA MÉDICA DOMICILIAR. DEFERIMENTO.

- Conforme esclareceu a parte agravada em contraminuta, o "Autor apresenta em anexo 06 (seis) atestados de médicos que realizam o seu atendimento e acompanhamento de saúde (doc. 20), nos quais estão descritas a efetiva necessidade do atendimento "Home Care" da enfermagem por 24 (vinte e quatro) horas e o fornecimento dos medicamentos de uso contínuo (doc. 19) e fraldas geriátricas, sob o risco de vida no caso de corte." Preenchidos os requisitos para a concessão da tutela de urgência.

- Agravo de instrumento da União desprovido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO, 5008029-65.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 05/03/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 10/03/2020)

Nessa acepção, cabe destacar o que restou consignado relativamente ao direito à saúde e eficácia do tratamento, verbis: *"as entidades federais, no atendimento ao direito à saúde, devem pautar-se pelos princípios e normas constitucionais. O SUS, na regulamentação que lhe dá a Lei nº 8.080/1990, deve-se orientar à mais ampla e possível realização concreta do direito fundamental de que aqui se cuida (artigos 1º, 2º, 4º, 6º, 9º, 15, 19-M, 19-O, 19-P, 19-Q e 19-R). É de suma importância que o médico seja respeitado nas prescrições que faz, uma vez que é quem acompanha e faz recomendações ao paciente, salvo quando a atividade contrarie os próprios conhecimentos existentes no campo da medicina. Nesse contexto, a prova cabal de que o tratamento é eficaz é desnecessária, na medida em que a possibilidade de melhora do doente é suficiente para justificar seu fornecimento, notadamente porque evita o curso fatal da doença. Está configurada, portanto, a probabilidade do direito do recorrente".*

É importante ressaltar as particularidades do caso concreto em que a autora é pessoa idosa (83 anos) e foi vítima de AVC que lhe ocasionou imobilização permanente e incapacidade mental. Ademais, como mencionado na decisão embargada, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo decorre das complicações da doença e da sua própria condição de saúde, que é atestada pelo médico.

Ressalta-se que a pretensão tem amparo nas disposições contidas no artigo 15 da Lei nº 10.741/03, que assegura ao idoso o atendimento domiciliar, incluindo a internação, para aquele que dele necessitar e esteja impossibilitado de se locomover, como é o caso do agravada, bem como o fornecimento de medicamentos de forma gratuita, especialmente os de uso contínuo. Confira-se:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 1º. A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de:

I – cadastramento da população idosa em base territorial;

II – atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios;

III – unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social;

IV – atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;

V – reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das seqüelas decorrentes do agravo da saúde.

§ 2º. Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso contínuo, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

§ 3º. É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

§ 4º. Os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante terão atendimento especializado, nos termos da lei.

§ 5º. É vedado exigir o comparecimento do idoso enfermo perante os órgãos públicos, hipótese na qual será admitido o seguinte procedimento: [\(Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013\)](#)

I - quando de interesse do poder público, o agente promoverá o contato necessário com o idoso em sua residência; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013\)](#)

II - quando de interesse do próprio idoso, este se fará representar por procurador legalmente constituído. [\(Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013\)](#)

§ 6º. É assegurado ao idoso enfermo o atendimento domiciliar pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pelo serviço público de saúde ou pelo serviço privado de saúde, contratado ou conveniado, que integre o Sistema Único de Saúde - SUS, para expedição do laudo de saúde necessário ao exercício de seus direitos sociais e de isenção tributária. [\(Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013\)](#)

§ 7º. Em todo atendimento de saúde, os maiores de oitenta anos terão preferência especial sobre os demais idosos, exceto em caso de emergência. [\(Incluído pela Lei nº 13.466, de 2017\)](#).

Nessa acepção, a Portaria de Consolidação GM/MS nº 5, de 28 de setembro de 2017, ao tratar do atendimento e internação domiciliar no âmbito do SUS, coloca à disposição o serviço de atenção domiciliar (SAD) "complementar aos cuidados realizados na atenção básica e em serviços de urgência, substitutivo ou complementar à internação hospitalar, responsável pelo gerenciamento e operacionalização das Equipes Multiprofissionais de Atenção Domiciliar (EMAD) e Equipes Multiprofissionais de Apoio (EMAP); e (Origem: PRT MS/GM 825/2016, Art. 2º, II)", que tem como objetivos a redução da demanda por atendimento hospitalar e do período de permanência de usuários internados, humanização da atenção à saúde, com a ampliação da autonomia dos usuários, e a desinstitucionalização e otimização dos recursos financeiros e estruturais da RAS (artigos 532 e 533).

O artigo 535 da mesma normativa estabelece que a atenção domiciliar (AD) "é indicada para pessoas que, estando em estabilidade clínica, necessitam de atenção à saúde em situação de restrição ao leito ou ao lar de maneira temporária ou definitiva ou em grau de vulnerabilidade na qual a atenção domiciliar é considerada a oferta mais oportuna para tratamento, palição, reabilitação e prevenção de agravos, tendo em vista a ampliação de autonomia do usuário, família e cuidador" e é organizada em três modalidades (AD 1, AD2 e AD3), a ser determinada de acordo com as necessidades de cuidado peculiares de cada caso, periodicidade indicada das visitas, intensidade do cuidado multiprofissional e uso de equipamentos (artigo 536, § 1º).

Observa-se que a resistência está centrada na alegada falta de comprovação da imprescindibilidade do atendimento em âmbito domiciliar e não na impossibilidade de oferecimento do tratamento e internação recomendados. Entretanto, a documentação acostada aos atos é suficiente para comprovar a necessidade da internação domiciliar e dos medicamentos prescritos. Desse modo, deve ser privilegiada a efetivação do direito à saúde e a garantia de acesso da autora à rede de serviços mais adequada para tratamento e prevenção de agravos. Cabe destacar, nessa perspectiva:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. BENEFICIÁRIO DO SISAU (SISTEMA DE SAÚDE DOS MILITARES E PENSIONISTAS DA AERONÁUTICA). HOME CARE. NECESSIDADE. CUSTEIO PELO SISAU. AGRAVO PROVIDO.

(...) 3. O atendimento domiciliar, também conhecido por home care, consiste em modalidade de atendimento médico, efetuado na residência do paciente, permitindo que procedimentos médicos sejam realizados na proximidade da família, de forma a humanizar o tratamento da doença. Trata-se de substitutivo de longas internações hospitalares, destinadas aos pacientes crônicos, com quadro clínico estável, os quais em razão do tratamento junto à sua família e em ambiente conhecido poderão beneficiar-se com eventual redução do estresse e do risco de infecção hospitalar.

4. Nesse sentido o recorrente postula serviços de tratamento médico domiciliar, os quais evidentemente estão inseridos na dicção da Lei nº 8.080/90, cujo artigo 7º assegura como diretriz: "II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema".

5. A assistência médica prestada ao recorrente, mediante custeio pelo SISAU, possui fundamento no direito à saúde, inserto nas previsões dos artigos 6º, 196, 197 e 198 da Constituição da República, tratando-se de direito fundamental, cuja efetivação não pode ser restringida em razão da limitação de recursos.

6. Da análise dos diversos laudos e relatórios médicos, evidencia-se sofrer o agravante, confinado ao leito, de sequelas múltiplas de acidente vascular encefálico isquêmico, tornando-o dependente de terceiros para cuidados diários, os quais exigem a manipulação de aparelhos médicos, tais como aspirador de vias aéreas, demonstrando que para o seu devido tratamento necessário seria o auxílio de profissionais da área da saúde, permanentemente, sem os quais não seria possível mantê-lo vivo, ou, ao menos, permitir sua sobrevivência com alguma dignidade, no atual estágio das enfermidades que o acometem. Não se olvide que o enfermo, beneficiário do SISAU há muitos anos - trata-se de pessoa idosa (85 anos), a qual é assegurada a proteção do Estado, nos termos do art. 230 da Magna Carta.

7. Com efeito, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) assegura aos mais velhos, a proteção do Estado, da família e de toda a sociedade, prevendo, expressamente, no que atine ao direito à saúde, um atendimento prioritário, o que denota também a prestação dos serviços pleiteados (artigos 2º e 3º, parágrafo único, inciso I).

8. Assim sendo, na ponderação de interesses, há de se prestigiar a necessidade de manutenção do recorrente no serviço médico domiciliar (interesse do indivíduo - princípio da dignidade humana), em detrimento de eventual dano que possa ser causado à União Federal.

9. Agravo de instrumento a que se dá provimento. Agravo interno prejudicado.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 588014, 0016869-57.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR EDERAL VALDECI DOS SANTOS, julgado em 06/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/06/2017)

Afirma a embargante que há contradição entre a decisão e o estabelecido no REsp 1.657.156, porquanto a medicação prescrita não é oferecida pelos SUS e não há comprovação da sua necessidade e imprescindibilidade do tratamento em âmbito domiciliar. Como mencionado, a tutela foi deferida à vista da demonstração da necessidade do tratamento, que inclui a medicação e tipo de internação, a autora não tem capacidade financeira para arcar com o custo do medicamento e tratamento (Id. 147870898) e não há informações sobre a ausência de registro do fármacos prescritos na ANVISA e tal fato não foi objeto de contestação pela União.

Quanto à alegação de que a apelada é atendida pelo Município de Tupã em "unidade de cuidados domiciliares", cabe mencionar que o atendimento não atende à recomendação médica por ser deficitário, visto que há apenas um auxiliar de enfermagem e um enfermeiro que realizam procedimentos em domicílio no período compreendido entre 07 horas e 13 horas, é desprovido de equipamentos e não conta com equipe multidisciplinar para atendimento domiciliar, com fisioterapia, nutrição e fonoaudiologia (Id. 147870904).

Por fim, o que se verifica é o inconformismo da recorrente. Os embargos declaratórios não podem ser admitidos para fins de atribuição de efeito modificativo, com a finalidade de adequação da decisão à tese defendida pelo embargante, tampouco para fins de prequestionamento, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 1.022, combinado com o 489, § 1º, ambos do Código de Processo Civil (EDcl no REsp 1269048/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01.12.2011, v.u., DJe 09.12.2011).

Ante o exposto, à vista na inexistência de vícios, rejeito os embargos de declaração.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033399-12.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: HUMBERTO GUEDES NASTARI

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO PINHEIRO PINA - SP147267

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1019, inciso II, da lei processual civil.

Publique-se.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5001098-45.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: MARTHA SAMAIA DE VIVO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOAO ROBERTO GUIMARAES ERHARDT - SP289476-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5001098-45.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: MARTHA SAMAIA DE VIVO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOAO ROBERTO GUIMARAES ERHARDT - SP289476-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por MARTHA SAMAIA DE VIVO, em face de ato praticado pelo DELEGADO ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO -SP, objetivando provimento jurisdicional que determine o cancelamento e extinção do processo de arrolamento contido no PAF nº 16561.720.074/2013-73, assim como seja autorizada a expedição de certidão de regularidade fiscal sem que conste qualquer apontamento.

Narra a impetrante, que o arrolamento de que trata o PAF nº 16561.720.074/2013-73 foi integralmente quitado em 2013 e, por conta da referida extinção requereu o cancelamento dos seus efeitos em 02/10/2014.

Todavia, apesar de ter cancelado o arrolamento perante os órgãos de registro, o impetrado negligenciou o registro de baixa e arquivamento do processo de arrolamento supra, o que vem motivando o indeferimento da expedição da certidão negativa de regularidade fiscal.

Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou informações (ID 141568966/1415688977).

O Ministério Público Federal na primeira instância, manifestou-se pelo prosseguimento do feito, aduzindo a inexistência de interesse público a justificar sua manifestação quanto ao mérito da lide (ID 141568986).

Por meio da sentença, o MM. Juiz *quo* concedeu a segurança pleiteada. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário (ID 141568991).

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer, opinou pelo prosseguimento do feito (ID 142143021).

É o relatório.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O artigo 5º, inciso XXXIV, letra "b", da Constituição Federal, assegura o direito público subjetivo à expedição de certidões por qualquer pessoa que delas necessite para a defesa de direitos ou o esclarecimento de situações.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional dispõe sobre a certidão de Regularidade Fiscal da seguinte forma:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de dez dias da data da entrada do requerimento na repartição.

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

A Certidão Negativa de Débitos (CND) somente pode ser expedida se não existir nenhum crédito tributário vencido e não pago. A Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa (CPDEN), porém, pode ser expedida em duas situações: 1) existência de crédito objeto de execução fiscal em que já tenha sido efetivada penhora ou 2) suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nas hipóteses arroladas no art. 151 do CTN.

O artigo 156, do Código Tributário Nacional trata das hipóteses de extinção do crédito tributário, a saber:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

II - a compensação;

III - a transação;

IV - remissão;

V - a prescrição e a decadência;

VI - a conversão de depósito em renda;

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X - a decisão judicial passada em julgado.

XI - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.

Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149.

In casu, resta comprovado que a impetrante efetuou o pagamento, como se denota dos documentos acostados aos autos e pelas informações prestadas pelo impetrado, "(...) Em análise do caso da impetrante, constatou-se que, de fato, o PA nº 16561.720074/2013-73 já havia sido arquivado, mas que não havia sido devidamente efetuada a baixa no sistema de controle dos processos. Informa-se que os procedimentos foram realizados, não mais havendo apontamento do arrolamento em nome do impetrante. (...)".

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. PAGAMENTO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. O artigo 5º, inciso XXXIV, letra "b", da Constituição Federal, assegura o direito público subjetivo à expedição de certidões por qualquer pessoa que delas necessite para a defesa de direitos ou o esclarecimento de situações.
2. *In casu*, resta comprovado que a impetrante efetuou o pagamento, como se denota dos documentos acostados aos autos e pelas informações prestadas pelo impetrado.
3. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5014926-45.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GAZIT CORPORATE ADMINISTRACAO DE SHOPPING CENTERS LTDA.

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

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5014926-45.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GAZIT CORPORATE ADMINISTRACAO DE SHOPPING CENTERS LTDA.

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

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 140983094) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 132714797) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e deu parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, para reconhecer a impossibilidade de deferimento de pedido de repetição de valores no feito, bem como para reconhecer que a compensação dos valores indevidamente recolhidos deve observar o disposto no artigo 26-A, da Lei nº 11.457/2007, incluído pela Lei nº 13.670/2018.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que a exclusão do ISS não se encontra abrangido pelo julgamento proferido pelo E. STF no RE nº 574.706, sendo que o C. STJ já se pronunciou em sede de Recurso Especial Repetitivo nº 1.330.737 pela sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706 e do julgamento do RE nº 592.616.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 143201677).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5014926-45.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO:GAZIT CORPORATE ADMINISTRACAO DE SHOPPING CENTERS LTDA.

Advogado do(a) APELADO:NELSON WILIANSON FRATONI RODRIGUES - SP128341-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, coma compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo e. Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHNSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, verbis:

"TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

- Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

- No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

- In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º; inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

- Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativa da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

- A correção do indébito deve ser aquele estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

- No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. A consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Apelação da Autora provida."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 300605 - 0002938-20.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 24/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/01/2018), entendimento este extensível à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A propósito, destaco que e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Comrelação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ISS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0000438-09.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: ALPINE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANTONIO CARLOS MARASSI - SP44725-A

PARTE RE: ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SAO PAULO S.A.

Advogado do(a) PARTE RE: ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO - SP237754-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0000438-09.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: ALPINE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANTONIO CARLOS MARASSI - SP44725-A

PARTE RE: ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SAO PAULO S.A.

Advogado do(a) PARTE RE: ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO - SP237754-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Alpine Empreendimentos Imobiliários contra ato praticado pelo Gerente de Gestão e Cobrança da AES Eletropaulo, objetivando o restabelecimento do fornecimento de energia elétrica em imóvel de sua propriedade.

Alega a impetrante que o corte de energia elétrica se deu em razão de inadimplência das contas de energia elétrica de sua locatária, a empresa Aliança Ind. e Comércio de Produtos Plásticos para embalagens LTDA.

Narra que na vigência do contrato de locação firmado com a impetrante a locatária teve contra si decretada a falência, razão pela qual o imóvel foi lacrado e, em consequência, a locatária deixou de pagar os aluguéis e demais contas relativas ao imóvel locado. Alega que o não restabelecimento de energia é indevido porquanto a dívida é de terceiro, antigo locatário.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* concedeu a segurança, para determinar à autoridade impetrada que proceda à imediata retomada do fornecimento de energia elétrica no imóvel com endereço na Rua Ivampa Duarte Lisboa, 155, São Paulo/SP. Sem condenação em honorários advocatícios a teor do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 (fls. 122/123).

Sem recursos voluntários, os autos foram encaminhados a esta E. Corte por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo não provimento do recurso (Id 129651486).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0000438-09.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: ALPINE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANTONIO CARLOS MARASSI - SP44725-A

PARTE RE: ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SAO PAULO S.A.

Advogado do(a) PARTE RE: ALESSANDRA DE ALMEIDA FIGUEIREDO - SP237754-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de remessa necessária em razão de sentença que concedeu a segurança para determinar que a autoridade impetrada proceda à imediata retomada do fornecimento de energia elétrica no imóvel de propriedade do impetrante.

A ação mandamental tem por objeto o reestabelecimento de energia elétrica no imóvel da impetrante, cessado pela concessionária de serviço público em razão de débito de responsabilidade do inquilino.

Pois bem. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que os débitos relativos aos serviços essenciais, tais como água/esgoto e energia elétrica, são de natureza pessoal, ou seja, de quem efetivamente obteve a prestação do serviço, não se caracterizando como obrigação de natureza *propter rem*, pois não se vinculam à titularidade do imóvel.

Confirmam-se precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. ALEGAÇÕES GENÉRICAS DE VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS LEGAIS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AÇÃO DE COBRANÇA. DÉBITO DE TERCEIRO. OBRIGAÇÃO DE NATUREZA PESSOAL. RESPONSABILIDADE DO CONSUMIDOR QUE EFETIVAMENTE UTILIZOU O SERVIÇO.

1. O recurso especial não pode ser conhecido no tocante à alegada ofensa à Resolução ANEEL 456/00. Isso porque o referido ato normativo não se enquadra no conceito de "tratado ou lei federal" de que cuida o art. 105, III, a, da CF.

2. A mera indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que haja demonstração clara e objetiva de como o acórdão recorrido teria malferido a legislação federal, não enseja a abertura da via especial, devendo a parte recorrente demonstrar os motivos de sua insurgência, o que não ocorreu no caso em exame. Hipótese em que incide a Súmula 284/STF, por deficiência na fundamentação.

3. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o débito relativo ao serviço de fornecimento de energia elétrica é de natureza pessoal, não se vinculando à titularidade do imóvel. Assim, não pode o atual usuário do serviço ou o proprietário do imóvel ser responsabilizado por débitos do consumidor que efetivamente utilizou o serviço.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 401.883/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. OBRIGAÇÃO DE NATUREZA PESSOAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO RECORRIDO. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM MEDIANTE ANÁLISE DAS PROVAS DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA CONCESSIONÁRIA DESPROVIDO.

1. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, a obrigação de pagar por serviço de natureza essencial, tal como água e energia, não é *propter rem*, mas pessoal, isto é, do usuário que efetivamente se utiliza do serviço.

2. Na espécie, o Tribunal de origem consignou que no período em que foi constatada a irregularidade no medidor de energia, o agravado não era o usuário do serviço (fls. 188/189). Assim, para alterar tal conclusão, necessário o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental da Concessionária desprovido.

(AgRg no AREsp 45.073/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 15/02/2017)

In *casu*, a impetrante celebrou contrato de locação do imóvel, com a alteração da titularidade contratual perante a concessionária do serviço e o período dos débitos encontra-se compreendido no prazo da vigência do contrato de locação.

Desse modo, conclui-se que não há como imputar à impetrante a responsabilidade pela obrigação de terceiro (locatário) que efetivamente se utilizou do serviço, único e legítimo devedor dos valores decorrentes do contrato de prestação do serviço de energia elétrica.

Assim, escorreita a r. sentença que concedeu a segurança, porquanto se trata de inadimplemento de contas do inquilino do impetrante, cuja instalação elétrica do imóvel está sob a titularidade da empresa locatária.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMÓVEL LOCADO. RESPONSABILIDADE DO LOCATÁRIO. OBRIGAÇÃO DE NATUREZA PESSOAL.

1. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que os débitos relativos aos serviços essenciais, tais como água/esgoto e energia elétrica, são de natureza pessoal, ou seja, de quem efetivamente obteve a prestação do serviço, não se caracterizando como obrigação de natureza *propter rem*, pois não se vinculam à titularidade do imóvel.

2. *In casu*, a impetrante celebrou contrato de locação do imóvel, com a alteração da titularidade contratual perante a concessionária do serviço e o período dos débitos encontra-se compreendido no prazo da vigência do contrato de locação.

3. Não há como imputar à impetrante a responsabilidade pela obrigação de terceiro (locatário) que efetivamente se utilizou do serviço, único e legítimo devedor dos valores decorrentes do contrato de prestação do serviço de energia elétrica.

4. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5031929-47.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: REVIO ASSESSORIA TRIBUTARIA E TECNOLOGIA LTDA

Advogados do(a) APELADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5031929-47.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: REVIO ASSESSORIA TRIBUTARIA E TECNOLOGIA LTDA

Advogados do(a) APELADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 139947306) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 132714799) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e deu parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, apenas para reconhecer que a compensação dos valores indevidamente recolhidos deve observar o disposto no artigo 26-A, da Lei nº 11.457/2007, incluído pela Lei nº 13.670/2018.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que a exclusão do ISS não se encontra abrangido pelo julgamento proferido pelo E. STF no RE nº 574.706, sendo que o C. STJ já se pronunciou em sede de Recurso Especial Repetitivo nº 1.330.737 pela sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706 e do julgamento do RE nº 592.616.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 142707141).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5031929-47.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: REVIO ASSESSORIA TRIBUTARIA E TECNOLOGIA LTDA

Advogados do(a) APELADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO. POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHONSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/A CORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, verbis:

"TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

- Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

- No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

- In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

- Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

- A correção do indébito deve ser aquela estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

- No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Apelação da Autora provida."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 300605 - 0002938-20.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 24/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/01/2018), entendimento este extensivo à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A propósito, destaco que e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ISS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0010090-46.2007.4.03.6000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WILME HELENA COELHO BARBOSA PORTO - ME

Advogado do(a) APELADO: ANTONIO DELLA SENTA - MS10644

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0010090-46.2007.4.03.6000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WILME HELENA COELHO BARBOSA PORTO - ME

Advogado do(a) APELADO: ANTONIO DELLA SENTA - MS10644

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória ajuizada por **Wilme Helena Coelho Barbosa Porto** em face da União Federal, objetivando obter provimento jurisdicional que declare a nulidade do auto de infração lavrado pela Receita Federal em seu desfavor, concernente a suposto descumprimento de entrega de DIF - Papel Imune (Declaração Especial de Informações Relativas ao Controle do Papel Imune). Foi dado à causa o valor de R\$24.000,00.

A autora alega que, por se tratar de obrigação recém-introduzida no ordenamento jurídico, não possuía informações suficientes para a emissão, preenchimento e entrega da declaração de DIF-Papel Imune, o que gerou a imp pontualidade no atendimento da referida norma.

Por tal motivo foi autuada pela SRF, sendo imputada uma multa no valor de R\$24.000,00. Sustenta a inconstitucionalidade da Lei nº 9.779/99, posto que transferiu à SRF uma atuação da seara tributária que não é compatível com as normas constitucionais, bem como da Medida Provisória nº 2.158-34/2001, porquanto ausentes os requisitos de urgência e relevância e por ter perdido sua eficácia.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a ação, para declarar a nulidade do auto de infração nº 0140100/00581/04 lavrado contra a autora, somente na parte em que fixou a multa de R\$24.000,00, reconhecendo que o valor correto da multa é de R\$ 4.500,00, nos termos do art. 57 da Medida Provisória nº 2.158-34/2001, condenando a ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do §4º do art. 20 do CPC/73. Foi determinada a remessa oficial (fls. 123/134).

Apela a União Federal, alegando que aplicação da multa se deu dentro dos ditames legais, razão pela qual deve ser reformada a r. sentença (fls. 142/145).

Comcontrarrazões às fls. 149/152, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0010090-46.2007.4.03.6000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WILME HELENA COELHO BARBOSA PORTO - ME

Advogado do(a) APELADO: ANTONIO DELLA SENTA - MS10644

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A autora, ora apelada, é pessoa jurídica de direito privado, optando do sistema de tributação do Simples e tem como atividade a prestação de serviços gráficos por computador e xerox. Nara que obteve registro especial para explorar sua atividade, fazendo jus, na compra de papel de terceiros, à imunidade tributária, em conformidade com o artigo 150, inciso "d", da Constituição Federal.

Em razão de obrigação acessória, instituída pela Instrução Normativa nº 71/2001, ficou obrigada a entregar a Declaração Especial de Informações Relativas ao Controle do Papel Imune (DIF - Papel Imune), no final do mês subsequente ao trimestre da sua competência, ou seja, a DIF do primeiro trimestre do ano deveria ser entregue até o último dia do mês de abril, e assim sucessivamente.

Foi assentado na r. sentença que o lançamento da multa pela Administração Tributária não observou o princípio da proporcionalidade, ao fundamento de que multa pelo descumprimento da obrigação acessória deveria ser fixada em R\$ 5.000,00 por mês-calendário, e não por mês-calendário de atraso.

Pois bem. No presente caso, a disposição legal que fixa a multa aplicável para as ocorrências de atraso na entrega da DIF – Papel é o art. 16 da Lei nº 9.779/99, *verbis*:

Art. 16. Compete à Secretaria da Receita Federal dispor sobre as obrigações acessórias relativas aos impostos e contribuições por ela administrados, estabelecendo, inclusive, forma, prazo e condições para o seu cumprimento e o respectivo responsável.

De outro lado, o inciso I do artigo 57 da MP nº 2.158-35/2001, na redação original, determinava que fosse aplicada multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês-calendário, relativamente às pessoas jurídicas que deixassem de fornecer, nos prazos estabelecidos, as informações ou esclarecimentos solicitados. Confira-se:

"Art. 57. O descumprimento das obrigações acessórias exigidas nos termos do art. 16 da Lei nº 9.779, de 1999, acarretará a aplicação das seguintes penalidades:

I - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês-calendário, relativamente às pessoas jurídicas que deixarem de fornecer, nos prazos estabelecidos, as informações ou esclarecimentos solicitados;

II - cinco por cento, não inferior a R\$ 100,00 (cem reais), do valor das transações comerciais ou das operações financeiras, próprias da pessoa jurídica ou de terceiros em relação aos quais seja responsável tributário, no caso de informação omitida, inexata ou incompleta.

Em conformidade com a competência atribuída pelo art. 16 da Lei 9.779/99, a Secretaria da Receita Federal editou a IN/SRF nº 71/2001, instituindo obrigação tributária acessória que impõe às empresas beneficiárias do registro especial a entrega da "DIF – Papel Imune" nos prazos estabelecidos, contendo as informações necessárias à fiscalização tributária.

IN SRF nº 71/2001:

Art. 11. A DIF - Papel Imune deverá ser apresentada até o último dia útil dos meses de janeiro, abril, julho e outubro, em relação aos trimestres civis imediatamente anteriores, em meio magnético, mediante a utilização de aplicativo a ser disponibilizado pela SRF.

Parágrafo único. A DIF - Papel Imune, relativa ao período de fevereiro a março de 2002, poderá, excepcionalmente, ser apresentada até o dia 31 de julho de 2002.

Na interpretação sistemática dos dispositivos legais supracitados, infere-se que a não apresentação da DIF – Papel Imune, nos prazos e condições estipulados pela IN/SRF n. 71/2007, enseja a aplicação da multa nos termos do art. 57 da MP 2.158-34/2001.

Na espécie, a periodicidade para a apresentação da DIF é trimestral, de modo que, para cada mês-calendário omitido, incide a multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em obediência ao disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional.

Ora, trata-se de penalidade única e não por mês de atraso como alega a apelante, assim, cada infração recebe somente uma multa, que tem por escopo produzir seu efeito coercitivo.

Nesse sentido, colaciono julgado desta Turma:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ENTIDADE BENEFICENTE. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA DE ENTREGA DE DECLARAÇÃO ESPECIAL DE INFORMAÇÕES RELATIVAS AO CONTROLE DO PAPEL IMUNE (DIF- PAPEL IMUNE). LEGALIDADE. LEI Nº 9.779/99 MP Nº 2158-35/2001 E IN SRF 71/2001. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. CONFISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

- De acordo com os artigos os artigos 16 da Lei nº 9.779/99, 57 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e 11 da Instrução Normativa SRF nº 71/2001, foi estabelecida a competência da Secretaria da Receita Federal para dispor sobre as obrigações acessórias, bem como a aplicação de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês-calendário no caso de seu descumprimento. De outro lado, foi determinada a apresentação trimestral da declaração especial de informações relativas ao controle do papel imune (DIF- Papel Imune) pelos fabricantes, distribuidores, importadores, empresas jornalísticas ou editoras e pelas gráficas que realizarem operações com papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos, sob pena de aplicação da citada penalidade. Vê-se que a obrigação de entrega da DIF- Papel Imune foi instituída por lei a fim possibilitar o controle das operações realizadas pelas pessoas jurídicas com o papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos, em razão da imunidade tributária de tais empresas. Visa-se a incentivar a cultura e a informação (art. 150, VI, 'd' a CF). Seu cumprimento independe de ter havido ou não operação com papel imune no período, porquanto foi criada no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. Dessa forma, a instituição da obrigação de entrega da DIF- Papel Imune não restringe o direito à imunidade, mas tão somente definiu a forma de controle das operações por a ela beneficiadas, de modo que não há que se falar em violação do princípio da legalidade (CF, art. 5º, inc. II, e CTN, art. 97, inc. V), tampouco das disposições contidas no artigo 113 do Código Tributário Nacional.

- Quanto ao valor da multa, importante ressaltar que nem toda obrigação acessória de informar tem a periodicidade mensal. Há aquelas que são trimestrais - e esse é o caso dos autos - e as de periodicidade anual. Assim, nos termos do artigo 57 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 para cada mês-calendário omitido, incidirá a multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em obediência ao disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional. Essa penalidade é única, ou seja, não incide por mês de atraso, pois não é moratória. Cada infração recebe uma só multa, que é suficiente para produzir seu efeito coercitivo, de modo que não há que se falar em confisco (CF, art. 150, inc. V).

- Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 1571430 - 0000905-32.2009.4.03.6123, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 30/05/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2019)

Portanto, considerando que a apelada deixou de fornecer a informações por três vezes, bem como por ser optante do Simples o que implica redução de 70% da multa, nos termos do parágrafo único do art. 57, da MP nº 2.158/2001, não merece reparo a r. sentença que multiplicou por três (número de meses-calendários do trimestre onde houve o atraso do cumprimento da obrigação acessória) o valor de R\$ 1.500,00 (com desconto de 70% sobre o valo de R\$5.000,00) perfazendo o total de R\$4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais).

Ante o exposto, nego provimento ao apelo e à remessa oficial.

É como voto.

TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. DIF - PAPEL IMUNE. NÃO APRESENTAÇÃO NO PRAZO LEGAL. PENALIDADES. IN/SRF N. 71/2007. ART. 57 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158/2001. INCIDÊNCIA DA MULTA UMA ÚNICA VEZ POR ATRASO NA SUA APRESENTAÇÃO.

1. A disposição legal que fixa a multa aplicável para as ocorrências de atraso na entrega da DIF – Papel é o art. 16 da Lei nº 9.779/99. Em conformidade com a competência atribuída pelo art. 16 da Lei 9.779/99, a Secretaria da Receita Federal editou a IN/SRF nº 71/2001, instituindo obrigação tributária acessória que impõe às empresas beneficiárias do registro especial a entrega da "DIF – Papel Imune" nos prazos estabelecidos, contendo as informações necessárias à fiscalização tributária.

2. Na espécie, a periodicidade para a apresentação da DIF é trimestral, de modo que para cada mês-calendário omitido incide a multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em obediência ao disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional.

3. Trata-se de penalidade única e não por mês de atraso como alega a apelante, assim, cada infração recebe somente uma multa, que tem por escopo produzir seu efeito coercitivo.

4. Não merece reparo a r. sentença que multiplicou por três (número de meses-calendários do trimestre onde houve o atraso do cumprimento da obrigação acessória) o valor de R\$ 1.500,00 (com desconto de 70% sobre o valo de R\$5.000,00) perfazendo o total de R\$4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais).

5. Apelo e remessa oficial desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004975-18.2019.4.03.6103

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: NELSON DONIZETTI DE OLIVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CAROLINA MARIA MARQUES - SP349032-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004975-18.2019.4.03.6103

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: NELSON DONIZETTI DE OLIVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CAROLINA MARIA MARQUES - SP349032-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por NELSON DONIZETTI DE OLIVEIRA, objetivando que a autoridade impetrada seja compelida a analisar e decidir o requerimento de concessão de benefício formulado junto ao INSS.

Devidamente notificada, a autoridade impetrada prestou informações.

Foi indeferido o pedido liminar.

Por meio da sentença (ID 133632594), o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que promova, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a análise do requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição formulado sob protocolo nº 1220361276. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer (ID 134288729), opinou pelo desprovisionamento da remessa oficial.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004975-18.2019.4.03.6103

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: NELSON DONIZETTI DE OLIVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CAROLINA MARIA MARQUES - SP349032-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que o Órgão Especial desta E.Corte se manifestou no sentido de que cabe à Segunda Seção deste Tribunal o julgamento de mandado de segurança contra omissão de agente do INSS relativa à análise de pedido administrativo de aposentadoria. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA. ANDAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMORA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. O pedido do writ, demanda originária, busca sanar, tão-somente, a demora administrativa no julgamento do pedido formulado pelo impetrante (pedido administrativo de aposentadoria).

2. Compete às Turmas integrantes da Segunda Seção o processamento do mandamus. Precedente: TRF3, Órgão Especial, CC - 0014775-39.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2017.

3. Conflito improcedente.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21546 - 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 11/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2018)

A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.

Ademais, a emenda Constitucional 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A fim de concretizar o princípio da eficiência e racionalizar a atividade administrativa, foram editadas leis que prescrevem prazos para conclusão de processos administrativos.

Dispõem artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal):

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em 30 (trinta) dias.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784/99. VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO. ART. 5º, INCISO LV, DA CF/88. SENTENÇA MANTIDA.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado por Futurama Ribeirão Preto Com/ Imp/ e Exp/ Ltda com o objetivo de obter vistas para a extração de cópias dos processos administrativos mencionados na peça inicial. Argumenta a impetrante que protocolou os requerimentos de vista e cópia dos P.A. em 23/11/2011 e até a impetração do writ (09/01/2012) não foram analisados.

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigos 48, 49 e 24) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Além de não ter sido oferecida resposta ao requerimento da autora/impetrante em tempo razoável, houve afronta ao direito do administrado à ciência quanto ao trâmite do feito administrativo a ele concernente, como consignado pelo MPF nos termos previstos expressamente no artigo 3º, inciso II, da citada Lei n.º 9.784/99.

- O regramento destacado encontra supedâneo no disposto pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que consagra o direito ao contraditório, como corretamente assinalado pelo Juízo singular.

- Remessa oficial a que se nega provimento. "(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 338433 - 0000052-87.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 07/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/07/2017)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA.

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo 59, § 1º) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Dessa forma, apresentado o recurso administrativo em 31/05/2010, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal e que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, bem como o elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, preferisse decisão quanto ao recurso administrativo interposto. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja respondido.

- Remessa oficial a que se nega provimento. "(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 338291 - 0005543-31.2011.4.03.6126, Rel. JUIZ CONVOCADO SIDMAR MARTINS, julgado em 17/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2016)

"PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB - CONSULTA ADMINISTRATIVA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB - LEGITIMIDADE - PEDIDO SEM RESPOSTA - VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - O impetrante protocolou consulta junto à E. Comissão de Ética e Disciplina da 22ª Subseção da OAB/SP objetivando esclarecer situação de seu interesse no tocante à possibilidade de utilização de peças de procedimentos administrativos instaurados contra si para instruir reclamações a serem propostas contra magistrados, não obtendo qualquer resposta. Correta, assim, a interposição da ação constitucional contra o Presidente do Tribunal de Ética, o qual tem competência para corrigir o ato impugnado. II - A Ordem dos Advogados do Brasil desempenha um serviço público (art. 44 da Lei nº 8.906/94) e, nessa qualidade, está obrigada a respeitar em seus procedimentos as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil (art. 68 da Lei nº 8.906/94). O pedido administrativo apresentado pelo impetrante enseja a abertura de um procedimento, o qual está sujeito à incidência de certos princípios, dentre os quais o do devido processo legal, o do impulso oficial e o da efetividade. III - O pedido de consulta apresentado à Comissão de Ética e Disciplina enseja ao impetrante o direito de obter uma resposta, seja ela qual for (CF, artigo 5º, XXXIII). Não se admite que a autoridade silencie, quede-se inerte sobre o pedido devidamente formulado. IV - Violado o direito líquido e certo do impetrante, o mandado de segurança há de ser provido para que seja emitida uma resposta ao pedido, no prazo razoável de 30 (trinta) dias. V - Apelação provida."(AMS 00098705020094036106, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/08/2012. FONTE_REPUBLICACAO:.)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE INSCRIÇÃO NA OAB. INSTALAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANÁLISE DE IDONEIDADE MORAL. IMPETRANTE QUE RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LEI Nº 9.784/99. PRAZO. DECISÃO PENDENTE. MORA ADMINISTRATIVA. 1. Prevê a Constituição Federal no inciso LXXVIII do artigo 5º que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. 2. No mesmo sentido, dispõe os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, tendo a Administração o dever de emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Dispõe, ainda, que concluída a instrução do processo administrativo, a Administração tem prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 3. No caso dos autos, verifica-se da documentação juntada com a inicial que a fase de instrução do Procedimento Administrativo Disciplinar NOX-277.010, foi concluída em 25/09/2012, encontrando-se o feito pendente de julgamento após a apresentação das razões finais pelo impetrante em 03/10/2012. 4. Pela análise dos documentos juntados aos autos, verifica-se que o prazo estipulado no artigo 49 da Lei nº 9.784/99 já foi ultrapassado há bastante tempo restando configurada a existência de mora administrativa quanto ao julgamento do pedido de inscrição do impetrante perante os quadros da OAB. 5. Diante do escoamento do prazo fixado em lei, é fundamental que seja proferida decisão, independentemente do reconhecimento ou não da pretensão do impetrante. 6. A fim de evitar que os procedimentos se eternizem, em regra estipula-se um prazo para que as eventuais pendências em processos ou procedimentos sejam cumpridas, não podendo ficar o impetrante sem solução para o seu requerimento. 7. Se o impetrante deixou de providenciar informações que fossem do seu interesse, pode a OAB decidir com base no que já consta dos autos do procedimento administrativo. 8. Remessa oficial e apelação desprovidas.”(AMS 00080212220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO.)

Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seu pedido.

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.
5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0033452-68.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INGERSOLL - RAND DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA GRASSANO PEDALINO - PR16932-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0033452-68.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INGERSOLL - RAND DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCUS VINICIUS BOSSA GRASSANO - SP209139-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária, proposta por Ingersoll-Rand do Brasil Ltda. em face da União Federal, pela qual a autora requer a anulação de débito tributário, decorrente de diferenças no recolhimento de contribuição ao FNDE, em razão da decadência, não se aplicando o prazo previsto pelo art. 45 da Lei 8.212/1991.

Na sentença (fls. 104 a 108), o MM Juízo *a quo* julgou procedente o pedido para declarar a nulidade do lançamento tributário e reconhecer a decadência dos débitos tributários. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa. Determinada a Remessa Oficial.

Emsuas razões de Apelação (fls. 115 a 121), a União Federal argumentou não ocorrer a decadência, ainda que inconstitucional o art. 45 da Lei 8.212/1991, pois incidente o prazo decenal em virtude da combinação do art. 173, I, com o art. 150, §4º, do CTN. Alternativamente, requer a redução do percentual aplicado aos honorários advocatícios.

Contrarrazões pela autora (fls. 127 a 147).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0033452-68.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INGERSOLL - RAND DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCUS VINICIUS BOSSA GRASSANO - SP209139-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de Remessa Oficial, cabe frisar que o Supremo Tribunal Federal decidiu em Questão de Ordem nos REs 556664, 559882 e 560626, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ocorrido em 20/09/2007, publicado no DJ nº 83, de 09/05/2008, pela inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e do art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.569/77, vindo a editar a Súmula Vinculante 8:

Súmula Vinculante 8/STF: São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei n.º 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência do crédito tributário.

Igualmente pacífica a jurisprudência no sentido de que o prazo decadencial, para a constituição do crédito, é de cinco anos, contado a partir de primeiro de janeiro do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, a saber:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISSQN. LEASING. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. PRAZO DECADENCIAL. ART. 173, I, DO CTN: CINCO ANOS A CONTAR DE PRIMEIRO DE JANEIRO DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO PODERIA TER SIDO EFETUADO. PRECEDENTES DO STJ. AFASTAMENTO DA TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". DISCUSSÃO SOBRE MARCO INICIAL OU FINAL DA PRESCRIÇÃO. DESIMPORRÊNCIA, PARA CARACTERIZAR, OU NÃO, A OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA ANTERIOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Nos casos de tributos sujeitos à sistemática do lançamento por homologação, cujo pagamento antecipado não tenha sido realizado pelo contribuinte, pacífica a jurisprudência deste STJ no sentido de que o prazo decadencial, para a constituição do crédito, é de cinco anos, contado a partir de primeiro de janeiro do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado. Aplicação do art. 173, I, do CTN. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1.441.083/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/05/2014; AgRg no AREsp 616.398/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/02/2015).

II. A antiga interpretação jurisprudencial, que validava o prazo prescricional decenal (tese dos "cinco mais cinco"), para a cobrança de créditos tributários, além de estar superada, no âmbito deste STJ, nenhuma relevância teria se fosse adotada, no caso concreto. É que, na presente hipótese, não se controverte sobre a ocorrência de prescrição, mas, sim, de decadência.

III. Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 86542/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, DJe 08.05.2015)

Há de se destacar, ainda, que, quando apresentada a declaração e efetivado o pagamento do tributo, caso o Fisco apure a existência de crédito remanescente a ser constituído, deverá realizar o lançamento suplementar com observância ao prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do CTN, *in verbis*:

(...)

2. Em obiter dictum, saliento que o STJ pacificou o entendimento de que a decadência do direito de constituir o crédito tributário é regida pelo art. 150, § 4º, do CTN, quando se trata de tributo sujeito a lançamento por homologação e o contribuinte realiza o respectivo pagamento parcial antecipado, sem que se constate a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. À luz do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, ele não ocorre, inexistindo declaração prévia do débito.

3. Recurso Especial não conhecido.

(STJ, REsp 1696974/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 19.12.2017)

TRIBUTÁRIO. ISSQN. LANÇAMENTO SUBSTITUTIVO. DECADÊNCIA. PRAZO. PAGAMENTO PARCIAL. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83 DO STJ. INCIDÊNCIA.

1. O lançamento substitutivo de diferença de tributo sujeito a lançamento por homologação cujo pagamento antecipado se deu em valor menor do que aquele que o fisco entende devido deve ocorrer no prazo de cinco anos do fato gerador, de acordo com o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

2. A conformidade do acórdão recorrido com a jurisprudência desta Corte Superior enseja a aplicação do óbice de conhecimento estampado na Súmula 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 132.784/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, DJe 01.04.2016)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. PAGAMENTO A MENOR. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. EXEGESE DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP PARADIGMA 973.733/SC. SÚMULA 83/STJ.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), firmou entendimento no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, para a fixação do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, considera-se apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150, e parágrafos, do CTN. Súmula 83/STJ.

2. "Não importa, para efeitos da contagem da decadência, perquirir as circunstâncias apresentadas pelo contribuinte para justificar o pagamento a menor. A dedução aqui considerada (creditação indevida) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela administração", de modo que "houve pagamento a menor de débito tributário em decorrência de creditação indevida. Dessa forma, deve-se observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN" (AgRg nos REsp 1.199.262/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 7/11/2011.).

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1448906/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 05.02.2016)

No caso dos autos, conforme informações do próprio FNDE, houve recolhimento a menor em virtude de deduções realizadas indevidamente (fls. 42), de maneira a ser aplicado o critério previsto pelo art. 150, § 4º, do CTN.

Quanto aos débitos relativos ao período iniciado em julho de 1996 a dezembro de 2001 (fls. 43 a 48), a decadência ocorreria, no mais tardar, em 31.12.2006. No entanto, ocorrida a notificação em 23.12.2006, conforme mencionado pela própria autora (fls. 5), incorreu a decadência apenas quanto ao período de dezembro/2001.

Quanto aos honorários, o julgado não merece reforma, nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC/1973, uma vez que a autora decaiu de parte mínima do pedido; levando em consideração a dicação do § 4º do art. 20 daquele Código, então vigente quando da prolação da sentença, entendo que o montante deve ser mantido em 10% do valor atualizado da causa, consoante o entendimento prevalecente nesta E. Quarta Turma.

Face ao exposto, dou parcial provimento à Remessa Oficial e à Apelação, reformando a sentença somente para declarar a inocorrência da decadência somente quanto ao período de dezembro de 2001, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. SALÁRIO EDUCAÇÃO. ART. 45 DA LEI 8.212/91. INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. "CINCO MAIS CINCO". INCIDÊNCIA CUMULATIVA DO ART. 150, § 4º E ART. 173, I, DO CTN. SUPERAÇÃO DA TESE. DEDUÇÃO INDEVIDA. ART. 150, § 4º, DO CTN.

1. O Supremo Tribunal Federal, na Questão de Ordem nos REs 556664, 559882 e 560626, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ocorrido em 20/09/2007, publicado no DJ nº 83, de 09/05/2008, decidiu pela inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e do art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.569/77.

2. Igualmente pacifica a jurisprudência no sentido de que o prazo decadencial, para a constituição do crédito, é de cinco anos, contado a partir de primeiro de janeiro do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado.

3. Apresentada a declaração e efetivado o pagamento do tributo, caso o Fisco apure a existência de crédito remanescente a ser constituído, deverá realizar o lançamento suplementar com observância ao prazo decadencial de cinco anos, previsto no § 4º do art. 150 do CTN,

4. Conforme informações do próprio FNDE, houve recolhimento a menor em virtude de deduções realizadas indevidamente (fls. 42), de maneira a ser aplicado o critério previsto pelo art. 150, § 4º, do CTN.

5. No caso concreto, os débitos são relativos ao período iniciado em julho de 1996 a dezembro de 2001 (fls. 43 a 48), de maneira que a decadência ocorreria, no mais tardar, em 31.12.2006; ocorrida a notificação em 23.12.2006, conforme mencionado pela própria autora (fls. 5), não ocorreu a decadência apenas para o período de dezembro/2001 do Salário-Educação.

6. Apelo e remessa Oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à Remessa Oficial e à Apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0049129-22.1999.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: CONCORDIA IND E COM DE PRODUTOS METALURGICOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIA AGUILHAR DA CRUZ - SP164844, FRANCISCO FERNANDO SARAIVA - SP136976-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0049129-22.1999.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: CONCORDIA IND E COM DE PRODUTOS METALURGICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO FERNANDO SARAIVA - SP136976-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação de consignação em pagamento proposta por Concórdia Indústria e Comércio de Produtos Metalúrgicos Ltda. em face da União Federal, visando à obtenção de provimento jurisdicional para conceder parcelamento de seus débitos tributários já inscritos em dívida ativa.

Sustenta a autora que o parcelamento oferecido pela ré lhe era prejudicial oferecendo então o valor referente a 1% de seu faturamento mensal a título de amortização da dívida, requerendo, ainda, depósito do valor de R\$ 2.200,00 para abatimento do débito inscrito em dívida ativa referente a PIS e COFINS.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* extinguiu o feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, I, do CPC/73, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.166,32 (um mil, cento e sessenta e seis reais e trinta e dois centavos - fls. 160/165).

Apela a autora, requerendo a reforma do julgado, alegando que inexistia carência de ação, pois a relação entre as partes é inafastável, tendo sido esgotada a via administrativa e estar amparado pelo artigo 164, inciso II do Código Tributário Nacional. Insurge-se, ainda, contra a condenação em honorários advocatícios (fls. 168/185).

Com contrarrazões às fls. 232/235, os autos foram remetidos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0049129-22.1999.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: CONCORDIA IND E COM DE PRODUTOS METALURGICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO FERNANDO SARAIVA - SP136976-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de ação consignatória mediante a qual se pretende o reconhecimento do suposto direito da apelante de obter parcelamento de tributos.

Pois bem. O parcelamento é uma benesse fiscal concedido conforme as condições estabelecidas em lei específica, podendo o legislador determinar os requisitos que entender necessário para a referida concessão.

Desse modo, para que seja possível a adesão ao parcelamento faz-se necessário o preenchimento de todos os requisitos impostos pela norma instituidora, sob pena de ferir o princípio da legalidade.

A ação de consignação em pagamento, quando atinente a matéria tributária, se limitada às hipóteses elencadas no art. 164 do CTN, confira-se a dicação legal:

Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:

I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;

II - de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;

III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

1º A consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe pagar.

2º Julgada procedente a consignação, o pagamento se reputa efetuado e a importância consignada é convertida em renda; julgada improcedente a consignação no todo ou em parte, cobra-se o crédito acrescido de juros de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis.

Extrai-se da leitura do artigo 164, do CTN que a ação de consignação em pagamento não é cabível para discutir valor do débito tributário ou compelir o Fisco a autorizar parcelamento diverso do previsto em lei.

Ora, inviável o que se pretende no presente processo, que é desconstituir os débitos já inscritos em dívida ativa pela Procuradoria da Fazenda Nacional, os quais gozam de presunção de certeza e liquidez como títulos executivos extrajudiciais que são, e condenar a União a firmar parcelamento na forma e modo preconizados pela autora.

Assim, não se mostra adequado o ajuizamento da presente via, pois não houve recusa injustificada da União em receber o parcelamento, o que houve foi uma tentativa da apelante tentar assegurar o parcelamento segundo os seus próprios critérios, o que é incabível.

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. SÚMULA 83/STJ. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOVAÇÃO RECURSAL. ARGUMENTO RECURSAL DISSOCIADO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 284/STF.

1. A ação consignatória, que é de natureza meramente declaratória, tem por objetivo apenas liberar o devedor de sua obrigação com a quitação de seu débito, por meio de depósito judicial, quando o credor injustificadamente se recusa a fazê-lo.

2. Recolher parceladamente o valor do débito fiscal na seara da ação consignatória é desviar-se da finalidade por ela pretendida.

3. De acordo com o Min. Luiz Fux, a referida ação não pode ser servil à obtenção de parcelamento do débito tributário, sob pena de fazer da legislação, que prevê o referido benefício, letra morta. Súmula 83/STJ.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1397419/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 10/02/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. PRETENSÃO DE SE OBTER PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO FORA DOS PARÂMETROS FIXADOS NA LEI QUE O DISCIPLINA. INADMISSIBILIDADE.

1. Em conformidade com o art. 164, I, do Código Tributário Nacional, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que a importância do crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, no caso de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória. Entretanto, esta Corte Superior tem decidido que a ação consignatória é imprópria se o devedor pretende obter parcelamento fora dos parâmetros fixados em lei. Nesse sentido são os seguintes precedentes da Primeira Seção: AgRg nos EREsp 690.478/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.5.2008; AgRg nos EREsp 641.329/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 6.3.2006, p. 145.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1285918/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 25/10/2010)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. PARCELAMENTO. INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Pretende a parte autora obtenção de autorização para que possa depositar judicialmente, de forma parcelada, o valor correspondente à sua dívida fiscal.

2. A ação consignatória, em matéria tributária, não constitui via adequada para discussão do montante devido uma vez que tal hipótese não tem previsão no artigo 164 do CTN. Ademais referida disposição legal tem por escopo a extinção da obrigação com o pagamento devido, visando a liberação do devedor quando satisfeita a dívida em sua integralidade.

3. A utilização da ação consignatória para obter parcelamento do débito desvirtua o instrumento processual.

4. A ação representa o direito a um provimento jurisdicional, favorável ou não ao autor, de natureza puramente abstrata, dirigido contra o Estado, a fim de que este lhe preste a tutela exigida.

5. Direito fundamental de ação não é absoluto, pois seu exercício submete-se ao preenchimento de condições previamente delimitadas pelo legislador.

6. O interesse de agir marca-se pelo binômio "adequação-necessidade", através do qual a parte autora comprova a necessidade concreta em pleitear o provimento jurisdicional, além de que a prestação decorrente da tutela é útil e adequada ao atingimento do bem da vida pleiteado.

7. Ausente o interesse processual pela inadequação da via eleita.

8. Apelação da parte autora desprovida.

(AC 00121761520064036100, DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/05/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.)

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - PARCELAMENTO - MORATÓRIA JUDICIAL: IMPOSSIBILIDADE - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO PRIVADA

1. Não se há de falar em cerceamento de defesa, pois desnecessária a produção de prova pericial, diante do quadro jus-documental a nortear a apreciação da celeuma.

2. Como de sua essência, assenta-se a via consignatória no permissivo a que exerça o polo devedor o genuíno direito de adimplir ou de cumprir o dever assumido perante o polo credor, quando este a resistir a tanto e injustificadamente.

3. *Totalmente equívocado o ajuizamento da presente via, pois não há recusa injustificada do INSS, mas tentativa privada de pagar os valores segundo os seus critérios, o que não procede.*

4. *Deseja o polo demandante a obtenção da consagrada (e igualmente insustentável) figura do "parcelamento judicial", ou seja, o contribuinte não é alcançado por certo comando de lei e, então, almeja o Judiciário "faça as vezes" do Executivo, claramente ao arripio absoluto do art. 2º., Texto Supremo.*

5. *Então, se, por um lado, límpido o direito da parte devedora em procurar se desvencilhar do ônus de um procedimento administrativo de cobrança, por outro, inadmissível se revela seja compelida a Fazenda Pública a aceitar o montante devido, na forma almejada, em face das peculiaridades antes expostas.*

6. *A adesão ao parcelamento é voluntária, não sendo o particular obrigado a dele participar, significando dizer que todas as regras impostas no benefício fiscal são legais : se o interessado discorda, basta não participar, questão muito simples - mais uma vez busca o particular apenas o que lhe interessa, não querendo ser onerado de nenhuma forma.*

7. *De nenhum sentido as invocações sobre menor onerosidade, isonomia e capacidade contributiva.*

8. *Improvemento à apelação. Improcedência ao pedido.*

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2272199 - 0024954-17.2006.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, julgada em 27/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/12/2018)

Desta feita, forçoso concluir pela inadequação da via eleita, uma vez que a pretensão de quitar o débito não pode ser satisfeita, não havendo respaldo legal no artigo 164 e seus incisos, pois efetivamente não houve recusa em receber os valores devidos, e ainda, não existindo qualquer dispositivo que permita ao devedor pagar seus débitos parceladamente na forma que considera correta.

Quanto aos honorários advocatícios, também não merece acolhimento o pedido da recorrente em decorrência lógica ao princípio da causalidade, já que deu causa à instauração do processo, se mostrando adequando o valor fixado na r. sentença.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

ACÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA.

1. O parcelamento é uma benesse fiscal concedido conforme as condições estabelecidas em lei específica, podendo o legislador determinar os requisitos que entender necessário para a referida concessão. Para que seja possível a adesão ao parcelamento faz-se necessário o preenchimento de todos os requisitos impostos pela norma instituidora, sob pena de ferir o princípio da legalidade.

2. A ação de consignação em pagamento, quando atinente a matéria tributária, se limitada às hipóteses elencadas no art. 164 do CTN, não sendo cabível ação de consignação em pagamento para discutir valor do débito tributário ou compelir o Fisco a autorizar parcelamento diverso do previsto em lei.

3. Não se mostra adequado o ajuizamento da presente via, pois não houve recusa injustificada da União em receber o parcelamento, o que houve foi uma tentativa da apelante tentar assegurar o parcelamento segundo os seus próprios critérios, o que é incabível.

4. Quanto aos honorários advocatícios, também não merece acolhimento o pedido da recorrente em decorrência lógica do princípio da causalidade, já que deu causa à instauração do processo, se mostrando adequando o valor fixado na r. sentença.

5. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004758-12.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: BIO ASSETS ATIVOS AMBIENTAIS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE RENA - SP49404-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004758-12.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: BIO ASSETS ATIVOS AMBIENTAIS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE RENA - SP49404-A

RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal, ajuizada em 18.04.2007, pela FAZENDA NACIONAL em face de 290 COMUNICAÇÕES LTDA., objetivando a cobrança de débitos referentes ao IRPJ, período de apuração 01.04.2002, vencimento em 31.07.2002, bem como à multa por atraso e/ou irregularidades na DCTF, exercícios 2001 e 2002, vencimento em 23.01.2006.

Despacho citatório proferido em 24.04.2007.

Tentativa frustrada de citação via postal, conforme aviso de recebimento negativo juntado aos autos.

Manifestação da União, em 14.08.2008, afirmando que a CDA nº 80.6.06.082985-03 foi quitada, devendo prosseguir esta execução tão somente pela CDA nº 80.2.06.076874-34, requerendo a citação da executada, via postal, em seu novo endereço.

Citação postal efetivada em 28.10.2008, conforme aviso de recebimento positivo acostado aos autos.

Apresentada exceção de pré-executividade, em 01.12.2008, por BIO ASSETS ATIVOS AMBIENTAIS LTDA., nova denominação de 290 COMUNICAÇÕES LTDA., aduzindo: exigência indevida do débito constante da CDA nº 80.2.06.076874-34, referente à apuração de IRPJ do 2º Trimestre de 2002, sob o argumento de que o mencionado débito já se encontra quitado, tendo sido informado na DCTF, e nulidade da CDA, devendo a exequente ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios.

Manifestação da União, requerendo a suspensão do feito por 120 dias, para que a Receita Federal analisasse a alegação de pagamento.

Posteriormente, em 28.09.2009, a exequente requereu prazo adicional de 60 dias para que houvesse o pronunciamento da Receita Federal.

Requerido nova suspensão do feito, pelo prazo de 90 dias, para que a Receita Federal devolvesse o processo administrativo com a referida análise.

Em 30.05.2011, a Fazenda Nacional requereu a substituição das CDAs, nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80, como regular prosseguimento do feito.

Posteriormente, em 28.03.2016, a exequente comunicou a satisfação do crédito cobrado nesta ação, de forma integral, requerendo a extinção do feito executivo, nos termos dos arts. 794, I e 795 do CPC.

Julgado extinto o presente feito, na forma do art. 924, II, do CPC, com condenação da executada, por força do princípio da causalidade, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 200,00.

Interposto recurso de apelação pelo patrono da executada, aduzindo que a apelada decaiu em maior parte do pedido, razão pela qual a mesma deve ser condenada ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, a teor do parágrafo único do art. 86 do CPC, uma vez que inicialmente a apelada exigia o montante de R\$ 40.519,88, sendo que, após o oferecimento de exceção de pré-executividade alegando o pagamento e a compensação, parcialmente reconhecida pela apelada, houve a substituição da CDA para o valor de R\$ 3.664,48.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004758-12.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: BIO ASSETS ATIVOS AMBIENTAIS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE RENA - SP49404-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

No caso dos autos, para esclarecimento acerca da matéria, cumpre transcrever a informação fiscal acostada ao ID 90479320, p. 99, datada de 09.09.2010:

"1. Trata o presente de inscrição em Dívida Ativa da União, efetuada em 21/07/2006, fundamentada nas informações de débito de IRPJ referente ao ano-calendário de 2002.

2. A interessada acima identificada apresentou esclarecimentos em pedido de revisão do débito inscrito, alegando parcelamento efetuado **após a inscrição** com base na MP 303/2006 (fls. 13/14 e 32/35). Dessa forma, compete à PFN verificar tais alegações.

3. Da análise da documentação apresentada pela interessada, em conjunto com pesquisas efetuadas junto aos sistemas informatizados desta Secretaria da Receita Federal do Brasil, verificou-se que:

3.1. O Darf de fl. 54 no valor de R\$ 13.142,44 foi recolhido com erro no campo "código do tributo", motivo pelo qual não houve alocação automática do pagamento no momento da arrecadação.

3.2. Embora a interessada alegue compensação com Darf para parte do débito (R\$ 3.053,74), informamos que não há pagamento disponível para efetuar a compensação, conforme fl. 66.

4. Diante do exposto, encaminhe-se o presente à PROCUR SECC FAZ NAC-OSASCO-SP com proposta de **retificação** da inscrição nº 80.2.06.076874-34. "

Da leitura da informação fiscal acima transcrita, verifica-se que a presente execução fiscal somente foi ajuizada em razão de erro do contribuinte no preenchimento do DARF, bem como por não apresentação de documentação suficiente para comprovação da compensação efetuada.

Somente em 10.02.2015 a executada apresentou os DARFs correspondentes ao parcelamento e quitação do débito, conforme se vê do ID 90479320, pp. 117/125, constando dos autos, ainda, cópia da DCTF constando a compensação do débito, com DARF, no valor de R\$ 3.053,74, mas não apresentado o DARF correspondente à aludida compensação.

Portanto, em face do princípio da causalidade, não há como se falar em condenação da exequente ao pagamento da verba honorária.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação do patrono da executada**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

I - A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

II - No caso dos autos, conforme informação fiscal acostada aos autos, a presente execução fiscal somente foi ajuizada em razão de erro do contribuinte no preenchimento do DARF, bem como por não apresentação de documentação suficiente para comprovação da compensação efetuada.

III - Somente em 10.02.2015 a executada apresentou os DARFs correspondentes ao parcelamento e quitação do débito, conforme se vê do ID 90479320, pp. 117/125, constando dos autos, ainda, cópia da DCTF constando a compensação do débito, com DARF, no valor de R\$ 3.053,74, mas não apresentado o DARF correspondente à aludida compensação.

IV - Desse modo, em face do princípio da causalidade, não há como se falar em condenação da exequente ao pagamento da verba honorária.

V - Recurso de apelação do patrono da executada improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso de apelação do patrono da executada, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004766-25.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

AGRAVADO: OSVALDO ABRAO DE SOUZA, ELIAS PEREIRA DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVADO: OLIVALDO TIAGO NOGUEIRA - MS16544-A

Advogado do(a) AGRAVADO: ELITON CARLOS RAMOS GOMES - MS16061

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004766-25.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

AGRAVADO: OSVALDO ABRAO DE SOUZA, ELIAS PEREIRA DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVADO: OLIVALDO TIAGO NOGUEIRA - MS16544-A

Advogado do(a) AGRAVADO: ELITON CARLOS RAMOS GOMES - MS16061

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de Agravo de Instrumento, *com pedido de antecipação de tutela recursal*, interposto pelo Ministério Público Federal, com fulcro no artigo 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil, contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Campo Grande/MS (Id. 35189194, págs. 9/15), nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa nº 5000735-04.2019.4.03.6000, que indeferiu os pedidos liminares de indisponibilidade de bens dos requeridos OSVALDO ABRÃO DE SOUZA e ELIAS PEREIRA DE SOUZA, até o montante de R\$ 190.419,75, e imediata exoneração do requerido ELIAS PEREIRA DE SOUZA, do cargo de Procurador Jurídico do Conselho de Arquitetura e Urbanismo de Mato Grosso do Sul – CAU/MS.

Na prefacial, discorre o Ministério Público Federal que, em 01/02/2019, com suporte em sólidos elementos probatórios que revelaram a contratação direta de serviços advocatícios fora das hipóteses previstas em lei, mediante desvio de finalidade de ato administrativo (nomeação para cargo em comissão), promoveu a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa subjacente em face de OSVALDO ABRÃO DE SOUZA e ELIAS PEREIRA DE SOUZA, imputando-lhes a prática de atos de improbidade administrativa tipificados no artigo 10, *caput* e inciso III, assim como artigo 11, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Afirma que, na oportunidade, diante do prejuízo estimado, no valor mínimo, de R\$ 63.473,25 e considerando, outrossim, a razoável imposição de multa de duas vezes o valor do dano, nos termos da Lei nº 8.429/1992, pugnou pela decretação, *inaudita altera parte*, da medida cautelar de indisponibilidade de bens dos requeridos no valor de R\$ 190.419,75.

Além disso, aduz que dada a robustez da prova pré-constituída e de todas as evidências a demonstrarem o manifesto desvio de finalidade do ato administrativo levado a efeito pelo Presidente do Conselho de Arquitetura e Urbanismo em Mato Grosso do Sul (CAU-MS), OSVALDO ABRÃO DE SOUZA – ato realizado para assegurar a contratação direta legal de ELIAS PEREIRA DE SOUZA (seu amigo), requereu, também, a exoneração de ELIAS PEREIRA DE SOUZA do cargo de Procurador Jurídico do CAU-MS.

Argumenta que, todavia, os pedidos liminares foram indeferidos pelo juiz de piso por não vislumbrar a presença dos requisitos autorizadores.

Explicita que a medida cautelar de *indisponibilidade de bens* foi indeferida com base nas seguintes premissas: (a) na fase de cognição sumária, não se poderia extrair um juízo seguro das circunstâncias que se deram os fatos narrados para deferimento de uma medida extremamente gravosa, como a indisponibilidade de bens; (b) a contratação não partiu de uma iniciativa exclusiva do requerido OSVALDO ABRÃO DE SOUZA, então Presidente do CAU-MS; (c) não seria possível extrair que o dano ao erário tenha alcançado o montante descrito na inicial, haja vista que as propostas apresentadas no Processo Licitatório nº 031/2016 teriam valores equivalentes; e (d) não há indícios de risco para o cumprimento de eventual sentença condenatória.

Sustenta que, todavia, existem sólidos elementos aptos a subsidiar a medida cautelar de indisponibilidade de bens, ante as provas do manifesto desvio de finalidade. Afirma que o escritório de advocacia de ELIAS PEREIRA DE SOUZA, amigo do Presidente da CAU-MS (OSVALDO ABRÃO DE SOUZA), havia se sagrado vencedor de três processos licitatórios lançados pela referida entidade; sendo certo que, em um dos certames, o filho do proprietário daquele escritório, que é funcionário do CAU-MS, participou da Comissão de Licitação (Carta Convite nº 026/2012-2014).

Afirma ainda nesse sentido, que por ocasião do lançamento do quarto processo licitatório (nº 031/2016), também para a contratação de serviços especializados em advocacia e consultoria jurídica, a Comissão de Licitação do CAU-MS, atendendo a pedido do próprio escritório de ELIAS PEREIRA DE SOUZA (vencedor das três licitações), concluiu pela inexigibilidade de licitação, invocando-se o artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, sem, contudo, apontar justificativa plausível.

Argumenta que o Presidente da CAU-MS, OSVALDO ABRÃO DE SOUZA, burlou a Recomendação nº 04/2016, expedida pelo Ministério Público Federal para suspender a inexigibilidade no Procedimento nº 031/2016, até a apuração de eventual favorecimento nas contratações efetivadas pelas Cartas Convites nºs 026/2012 e 028/2015-2017, e nomeou o advogado ELIAS PEREIRA DE SOUZA para o cargo de Procurador Jurídico do Conselho.

De outra parte, sustenta equivocada a conclusão do r. Juízo *a quo* no sentido de que a contratação de ELIAS PEREIRA DE SOUZA não partiu de iniciativa exclusiva de OSVALDO ABRÃO DE SOUZA, pelo fato de ter sido precedida de parecer de um dos membros da Comissão de Licitação. Nessa esteira, afirma que a Recomendação nº 04/2016 – posterior ao referido parecer – advertiu tanto os membros da Comissão de Licitação como o próprio Presidente da entidade acerca da situação irregular e, ainda assim, o requerido continuou firme no intento da contratação de seu amigo nos Quadros da Administração Pública, tomando-se irrelevante o teor do parecer. Consigna que a ascendência de OSVALDO ABRÃO SOUZA sobre a Comissão de Licitação restou evidenciada, já que nomeou EVANDRO MURILO LINO DE SOUZA (filho de ELIAS PEREIRA DE SOUZA) para compor a referida Comissão por ocasião da Carta Convite nº 026/2012-2014.

Quanto ao cálculo relativo ao ressarcimento pleiteado registra corresponder a um valor mínimo (R\$ 63.473,25), equivalente a 35% da remuneração percebida por ELIAS PEREIRA DE SOUZA em dezembro de 2.018 (R\$ 7.556,34) multiplicada pelo período de dois anos; porquanto, como cedejo, em casos de contratação fraudulenta, como na espécie, os Tribunais Superiores vêm aplicando o dano *in re ipsa*, não se exigindo a comprovação específica e efetiva da ocorrência do dano (REsp nº 728.341/SP).

Alega, também, que o r. Juízo de piso, muito embora tenha reconhecido num primeiro momento que a jurisprudência pacífica do Colendo Superior Tribunal de Justiça orienta ser desnecessária a demonstração de delapidação patrimonial, assentou, posteriormente, pelo indeferimento da medida cautelar com fundamento na inexistência de indícios de risco para o cumprimento de eventual sentença condenatória, desconsiderando, inclusive, o disposto nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil (uniformização de jurisprudência).

Em relação ao *pedido cautelar de exoneração* de ELIAS PEREIRA DE SOUZA do cargo de Procurador Jurídico do CAU-MS, sustenta que o r. Juízo de origem se utilizou dos mesmos argumentos lançados na análise do requerimento cautelar de indisponibilidade de bens, já refutados – contratação precedida de parecer e aprovação pela Comissão de Licitação, além de o valor da contratação não destoar drasticamente das demais propostas. Destaca, a respeito do tema que, embora possa se cogitar irreversível a medida de exoneração, “há determinados casos nos quais, em havendo uma patente violação da lei, a manutenção da situação, quando ilícita em sua própria origem e essência, passa a ser inadmissível”. Sustenta, ainda, que o requerimento liminar não se trata de antecipação da sanção de perda do cargo/função prevista na Lei nº 8.429/1992, porque o ato ímprobo combatido é o preenchimento do próprio cargo.

Destaca, assim, preenchidos os requisitos legais e requer a antecipação da tutela recursal e, ao final, seja dado integral provimento ao Agravo de Instrumento, reformando-se a r. decisão recorrida para que seja decretada a indisponibilidade cautelar de bens dos requeridos e a imediata exoneração do requerido ELIAS PEREIRA DE SOUZA.

A análise da tutela antecipada recursal foi postergada para após a vinda da contraminuta (Id. 90547336).

Os agravados ELIAS PEREIRA DE SOUZA e OSVALDO ABRÃO DE SOUZA apresentaram contraminuta em separado (Id's 97892207 e 97914697, respectivamente). Ambos sustentam, em síntese, que a regra contida no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal estabelece a necessidade de licitação para a contratação feita pelo Poder Público, existindo, contudo, hipóteses legais em que pode ser dispensada, como no caso em concreto. Ademais, afirmam que o filho do agravado ELIAS PEREIRA DE SOUZA não participou da Comissão de Licitação, a qual foi composta por EYDMAR CEZAR ARAUJO FERREIRA, GILL ABNER FINOTTI e ALEX TAYLOR FRANCO SALDANHA, nomeados pela Portaria nº 131/2015-2017. Destacam que a Comissão de Licitação, com base em parecer de lavra de GILL ABNER FINOTTI – elaborado em virtude do requerimento de dispensa de procedimento licitatório –, decidiu sugerir ao Presidente da CAU-MS a contratação direta da empresa PEREIRA DE SOUZA ADVOGADOS ASSOCIADOS, nos termos do artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. Argumentam, assim, que o CAU-MS realizou a sua contratação direta em observância às normas contidas na Lei nº 8.666/1993. De outro lado, refutam o valor indicado pelo Ministério Público Federal e aduzem inexistir prejuízo ao erário, visto que as três propostas apresentavam valores equivalentes, não havendo, assim, superfaturamento nos valores pagos ao agravado ELIAS PEREIRA DE SOUZA. Requerem seja negado provimento ao recurso.

Por decisão monocrática, foi indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal (Id. 102218622).

O Ministério Público Federal, na condição de fiscal da ordem jurídica, manifesta-se pelo provimento do Agravo de Instrumento (Id. 132551046).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004766-25.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

AGRAVADO: OSVALDO ABRAO DE SOUZA, ELIAS PEREIRA DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVADO: OLIVALDO TIAGO NOGUEIRA - MS16544-A

Advogado do(a) AGRAVADO: ELITON CARLOS RAMOS GOMES - MS16061

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de Agravo de Instrumento, *com pedido de antecipação de tutela recursal*, interposto pelo Ministério Público Federal, com fulcro no artigo 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil, contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Campo Grande/MS (Id. 35189194, págs. 9/15), nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa nº 5000735-04.2019.4.03.6000, que indeferiu os pedidos liminares de indisponibilidade de bens dos requeridos OSVALDO ABRÃO DE SOUZA e ELIAS PEREIRA DE SOUZA, até o montante de R\$ 190.419,75, e imediata exoneração do requerido ELIAS PEREIRA DE SOUZA, do cargo de Procurador Jurídico do Conselho de Arquitetura e Urbanismo de Mato Grosso do Sul – CAU/MS.

A Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa nº 5000735-04.2019.4.03.6000, demanda subjacente, foi promovida pelo Ministério Público Federal contra OSVALDO ABRÃO DE SOUZA e ELIAS PEREIRA DE SOUZA, aqui agravados, para a apuração de suposta contratação direta de serviços advocatícios no âmbito do Conselho de Arquitetura e Urbanismo de Mato Grosso do Sul – CAU/MS fora das hipóteses previstas em lei, mediante desvio de finalidade de ato administrativo (nomeação do réu ELIAS PEREIRA DE SOUZA para cargo de comissão – inexigibilidade de licitação), tendo sido imputando a eles a prática de atos de improbidade administrativa tipificados no artigo 10, *caput* e inciso III, assim como artigo 11, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.429/1992. Na época dos fatos, o réu/agravado OSVALDO ABRÃO DE SOUZA era Presidente do CAU-MS.

O Ministério Público Federal requereu a indisponibilidade de bens dos réus, assim como a imediata exoneração de ELIAS PEREIRA DE SOUZA do cargo de Procuração Jurídico do Conselho de Arquitetura e Urbanismo de Mato Grosso do Sul – CAU/MS.

Indeferido o pedido de concessão das referidas medidas cautelares, o Ministério Público Federal interpôs o presente Agravo de Instrumento.

Os provimentos jurisdicionais vindicados pelo Ministério Público Federal em sede de liminar – indisponibilidade de bens e imediata exoneração de cargo – exigem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), bem como não haja perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Todavia, nesse momento processual, não vislumbro a presença dos requisitos autorizados das medidas liminares requeridas, de forma a não merecer reparos a r. decisão agravada.

Da indisponibilidade de bens

A medida cautelar de indisponibilidade de bens encontra-se precipuamente regulada pelo artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, cuja decretação visa garantir o resultado útil do provimento jurisdicional em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, o seguinte:

(...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

No âmbito infraconstitucional, a indisponibilidade de bens vem disciplinada no artigo 7º, da Lei nº 8.492/1992, *ad litteram*:

Art. 7º. Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Por sua vez, a indisponibilidade de bens prescinde da comprovação do risco de dano (o *periculum in mora*), que se presume, conforme emerge dos aludidos artigos 37, § 4º, da Carta Magna e 7º da Lei de Improbidade Administrativa, porém, desde que evidenciada a relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*).

Nesse sentido, trago a lume o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL. INDISPONIBILIDADE E SEQUESTRO DE BENS ANTES DO RECEBIMENTO ART. 7º DA LEI 8.429/1992. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a decretação da indisponibilidade e do sequestro de bens em ação de improbidade administrativa é possível antes do recebimento da Ação Civil Pública.

2. *Verifica-se no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível". Precedente: REsp 1.319.515/ES, 1ª Seção, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 21/09/2012.*

3. *No caso em concreto, o Tribunal a quo, ao analisar os autos, concluiu pela existência do fumus boni iuris, sendo cabível a decretação da indisponibilidade de bens ante a presença de periculum in mora presumido no caso em concreto, mesmo antes do recebimento da petição inicial da demanda em que se discute improbidade administrativa.*

4. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no REsp 1317653/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 13/03/2013)

Nessa linha, exige-se para o decreto da indisponibilidade de bens a existência de fortes indícios de responsabilidade dos réus na prática de ato de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito (plausibilidade do direito invocado), ex vi do comando do artigo 7º da Lei nº 8.429/1992, estando o periculum in mora implícito.

Por conseguinte, a medida cautelar de indisponibilidade de bens não pode significar a antecipação da punição, devendo obedecer aos limites legais e constitucionais, sobretudo por se mostrar extremamente gravosa.

In casu, da atenta leitura dos autos, verifica-se que, em 23/06/2016, a Comissão de Licitação do Conselho de Arquitetura e Urbanismo em Mato Grosso do Sul – CAU-MS, composta pelos membros EYMAR CEZAR ARAÚJO FERREIRA, GILL ABNER FINOTTI e ALEX TAYLOR FRANCO SALDANHA, nomeados por meio da Portaria nº 131/2015-2017, sob a Presidência de EYMAR CEZAR ARAÚJO FERREIRA, com base no Parecer elaborado pelo membro GILL ABNER FINOTTI, decidiu, à unanimidade, sugerir a Presidência da CAU-MS o deferimento do pedido da empresa PEREIRA DE SOUZA ADVOGADOS ASSOCIADOS para que a contratação destinada à prestação de serviços especializados de Advocacia e Consultoria Jurídica ao CAU-MS fosse realizada por inexigibilidade de licitação, consoante faculta o artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, nos termos da Ata da 3ª Reunião (Id. 35189199, pág. 22).

Segundo consta do citado Parecer da Comissão de Licitação do CAU/MS, elaborado em 22/06/2016 (pelo membro GILL ABNER FINOTTI), a Gerência Administrativa e Financeira, por meio da Comunicação Interna nº 025/2015-2017, informou à Presidência do CAU-MS o encerramento no dia 30/6/2016 do contrato efetuado com a empresa Citrino e Souza Advocacia S/S de prestação de serviços especializados de advocacia e consultoria jurídica ao CAU-MS e, atendendo a despacho da Presidência, a Comissão de Licitação reuniu-se no dia 10/05/2016 e decidiu pela realização de uma pesquisa de mercado com profissionais do Estado (Id. 35189199, pág. 23/26).

Resta destacado no Parecer que três empresas responderam à pesquisa, todas apresentando proposta de valores equivalentes, o que se mostrava um parâmetro para a definição do valor do contrato. Desse modo, entendeu-se pelo deferimento da solicitação da empresa Pereira de Souza Advogados Associados de contratação direta por inexigibilidade de licitação, com base no artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, por meio do seu titular ELIAS PEREIRA DE SOUZA, uma vez que reunia os três critérios cumulativos de inexigibilidade de licitação: serviço técnico, serviço singular, e notória especialização de contratação.

Deveras, nesta fase de cognição sumária, não vislumbro que a responsabilidade pela contratação direta do agravado ELIAS PEREIRA DE SOUZA, para o cargo de Procurador Jurídico do CAU-MS, possa recair exclusivamente sobre o agravado OSVALDO ABRÃO DE SOUZA, então Presidente da entidade, visto que precedida de Parecer elaborado por um dos membros da Comissão de Licitação (GILL ABNER FINOTTI), o qual, inclusive, foi aprovado, à unanimidade, pela referida Comissão.

Da mesma forma, sequer há como concluir pela alegada burla pelo agravado OSVALDO ABRÃO DE SOUZA à Recomendação nº 031/2016 (do Ministério Público Federal), vez que houve anuência de todos os membros da Comissão de Licitação quanto à contratação direta do agravado ELIAS PEREIRA DE SOUZA.

De outra parte, o Parecer da Comissão de Licitação apresenta fundamento quanto à contratação direta (inexigibilidade de licitação) com base na equivalência dos valores apresentados pelas empresas que responderam à pesquisa e apresentaram propostas, assim como no cumprimento dos critérios cumulativos de sua inexigibilidade, como explicitado alhures.

Cumprir enfatizar que a legislação de regência permite a inexigibilidade de licitação com a observância de determinados requisitos legais (art. 25, II, da Lei de Licitação nº 8.666/1993), os quais foram considerados preenchidos pela Comissão de Licitação do CAU-MS.

Além disso, não se extraem elementos suficientes à conclusão de parcialidade ou mesmo da alegada submissão da Comissão de Licitação à Presidência do CAU-MS, apenas pelo fato de entenderem pela inexigibilidade da licitação.

Em relação à participação de EVANDRO MURILO LINO DE SOUZA, filho do agravado ELIAS PEREIRA DE SOUZA, nos certames da CAU-MS, o qual seria funcionário da entidade, é certo que ele não participou da Comissão de Licitação que deu azo à contratação direta do agravado ELIAS PEREIRA DE SOUZA (Procedimento Licitatório nº 031/2016), não se revelando, assim, elemento apto, por si só, a demonstrar a probabilidade do imputado ato ímprobo.

Quanto ao suposto dano ao erário, não se pode inferir do conjunto probatório coligido que alcance o montante indicado na inicial, especialmente porque as propostas apresentadas pelas demais empresas no processo licitatório (não concluído) eram equivalentes, como bem observou o MM. Juiz de origem na r. decisão atacada, cujo excerto pertinente transcrevo:

“Além disso, não é possível extrair que o suposto dano ao erário tenha alcançado o montante descrito na inicial. Note-se que, nos termos das informações sintetizadas no parecer juntado no ID 14103822, as propostas apresentadas no procedimento licitatório nº 031/2016 (não concluído) tinham valores equivalentes”.

A propósito, colaciono, também, trechos do Parecer da Comissão de Licitação da CAU-MS (Id. 141103822 dos autos originários e Id's. 35202338, págs. 2/4 e 35202339, pág. 1 deste Agravo de Instrumento):

“De qualquer forma, as três propostas apresentam valores equivalentes, não havendo muita diferença entre elas, o que nos dá um parâmetro para definir o valor do contrato.

Analisando a solicitação da empresa Pereira de Souza Advogados Associados, de contratação direta por inexigibilidade de licitação, podemos ressaltar os seguintes pontos:

(...)

Também considero que a proposta apresentada pela empresa Pereira de Souza Advogados Associados é equivalente, em valores, às demais propostas apresentadas, sendo que nenhuma das demais empresas apresentou requisitos que as credenciariam a serem contratadas pelos critérios que respaldam a contratação direta.” (Destaque)

Assim sendo, não se pode extrair um juízo seguro acerca das circunstâncias em que se deram os fatos narrados na inicial da demanda subjacente, pois não evidenciado, de plano, a existência de elementos suficientes à probabilidade do ato ímprobo de quebra do dever de agir em conformidade com o princípio da imprescindibilidade na contratação (contratação de serviços advocatícios fora das hipóteses previstas em lei, com desvio de finalidade), de modo a autorizar o decreto da medida cautelar extrema de indisponibilidade de bens.

Quanto à possibilidade de dilapidação do patrimônio pelos agravados, embora prescindível da comprovação do risco de dano (*periculum in mora*), não se verifica, na espécie, qualquer indicio de perigo de inadimplemento no caso de eventual cumprimento de sentença condenatória.

A esse respeito, impende registrar que, muito embora possa considerar implícito o *periculum in mora*, consoante entendimento jurisprudencial, é cediço que se faz necessário demonstrar a existência de elementos indicativos do ato ímprobo (probabilidade do direito invocado), o que não se conclui nessa análise perfunctória, pertinente ao momento processual.

Da medida cautelar de exoneração

Em relação à medida cautelar de exoneração imediata do agravado ELIAS PEREIRA DE SOUZA do cargo de Procurador Jurídico do CAU-MS, revela-se não ser possível inferir, de igual forma, um convencimento seguro da plausibilidade do direito invocado.

A medida cautelar em análise é inegável de extrema gravidade, podendo implicar inclusive em sua irreversibilidade.

Do conjunto probatório coligido nos autos, tenho que a contratação do profissional junto ao CAU-MS foi precedida de Parecer favorável e aprovado, por unanimidade, pela Comissão de Licitação da entidade (Ata de Reunião – Id. 35189199, pág. 22).

Ademais, como já assinalado, restou consignado no referido Parecer, elaborado por um dos membros da Comissão de Licitação, que as demais propostas apresentavam valores equivalentes, de molde que não destoavam do valor percebido pelo agravado ELIAS PEREIRA DE SOUZA (Id. 35189199, págs. 23/26).

Por conseguinte, ainda que a ação subjacente se volte contra o preenchimento do cargo de Procurador Jurídico do CAU-MS por suposto desvio de finalidade de ato administrativo (nomeação em cargo de comissão), entendo, ao menos em sede de Agravo de Instrumento, inexistentes elementos fáticos suficientes para a convicção do imediato decreto de medida acautelatória extrema.

Da necessidade de dilação probatória

Nesse diapasão, denota-se a necessidade de dilação probatória para aclarar os fatos imputados aos agravados, padecendo os autos de elementos indúvidos dos alegados atos ímprobos cometidos, o que somente poderá ser apurado extreme de dúvidas após a devida instrução, com a apuração de eventual violação às normas e princípios legais.

Nesse momento processual, mostra-se prematuro o decreto de medidas cautelares de extrema gravidade como a indisponibilidade de bens e a exoneração imediata de cargo.

Assim, à mingua de robusta prova documental pré-constituída, infiro pela ausência da probabilidade do direito invocado, concluindo adequada a dilação probatória para o esclarecimento de todas as questões apresentadas, cabível somente na instrução processual, com a oportunidade do contraditório e da ampla defesa.

Deveras, é medida de rigor o desproimento do Agravo de Instrumento.

Isto posto, **nego provimento** ao Agravo de Instrumento, nos termos da fundamentação acima exarada.

Comunique-se o inteiro teor desta decisão ao MM. Juízo *a quo*.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. EXONERAÇÃO IMEDIATA. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO INVOCADO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA (INSTRUÇÃO). RECURSO DESPROVIDO.

I. Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão proferida nos autos de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa que indeferiu os pedidos liminares de indisponibilidade de bens e imediata exoneração do cargo de Procurador Jurídico do Conselho de Arquitetura e Urbanismo de Mato Grosso do Sul – CAU/MS.

II. A Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa foi promovida pelo Ministério Público Federal contra os agravados, para a apuração de suposta contratação direta de serviços advocatícios no âmbito do CAU/MS fora das hipóteses previstas em lei, mediante desvio de finalidade de ato administrativo (nomeação para cargo de comissão – inexigibilidade de licitação), tendo sido imputando aos eles a prática de atos de improbidade administrativa tipificados no art. 10, *caput* e inc. III, assim como art. 11, *caput* e inc. II, da Lei nº 8.429/1992.

III. Os provimentos jurisdicionais vindicados em sede de liminar – indisponibilidade de bens e imediata exoneração de cargo – exigem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), bem como não haja perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

IV. A medida cautelar de indisponibilidade de bens encontra-se precipuamente regulada pelo art. 37, § 4º, da CF, cuja decretação visa garantir o resultado útil do provimento jurisdicional em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa e, no âmbito infraconstitucional, vem disciplinada no art. 7º da Lei nº 8.492/1992. Tal medida prescinde da comprovação do risco de dano (*o periculum in mora*), que se presume, conforme emerge dos aludidos arts. 37, § 4º, da Carta Magna e 7º da Lei de Improbidade Administrativa, porém, desde que evidenciada a relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*).

V. Nesta fase de cognição sumária, não se vislumbra que a responsabilidade pela contratação direta do agravado ELIAS PEREIRA DE SOUZA, para o cargo de Procurador Jurídico do CAU-MS, possa recair exclusivamente sobre o agravado OSVALDO ABRÃO DE SOUZA, então Presidente da entidade, visto que precedida de Parecer elaborado por um dos membros da Comissão de Licitação, o qual, inclusive, foi aprovado, à unanimidade, pela referida Comissão. Da mesma forma, sequer há como concluir pela alegada burla à Recomendação nº 031/2016 (do Ministério Público Federal), vez que houve anuência de todos os membros da Comissão de Licitação.

VI. O Parecer da Comissão de Licitação apresenta fundamento quanto à contratação direta (inexigibilidade de licitação) com base na equivalência dos valores apresentados pelas demais empresas, assim como no cumprimento dos critérios cumulativos de sua inexigibilidade. Ademais, a legislação de regência permite a inexigibilidade de licitação com observância de determinados requisitos legais (art. 25, II, da Lei de Licitação nº 8.666/1993).

VII. Quanto ao suposto dano ao erário, não se pode inferir do conjunto probatório coligido que alcance o montante indicado na inicial, especialmente porque as propostas apresentadas pelas demais empresas no processo licitatório (não concluído) eram equivalentes.

VIII. Não se pode extrair um juízo seguro acerca das circunstâncias em que se deram os fatos narrados na inicial da demanda subjacente, pois não evidenciado, de plano, a existência de elementos suficientes à probabilidade do ato ímprobo de quebra do dever de agir em conformidade com o princípio da imprescindibilidade na contratação (serviços advocatícios fora das hipóteses previstas em lei, com desvio de finalidade), de modo a autorizar o decreto da medida cautelar extrema de indisponibilidade de bens.

IX. Quanto à possibilidade de dilapidação do patrimônio pelos agravados, embora prescindível da comprovação do risco de dano (*periculum in mora*), não se verifica, na espécie, qualquer indício de perigo de inadimplemento no caso de eventual cumprimento de sentença condenatória.

X. Em relação à medida cautelar de exoneração imediata do cargo de Procurador Jurídico do CAU-MS, revela-se não ser possível extrair, de igual forma, um convencimento seguro da plausibilidade do direito invocado (medida cautelar de extrema gravidade), podendo implicar inclusive em sua irreversibilidade. Temos que a contratação do profissional junto ao CAU-MS foi precedida de Parecer favorável e aprovado, por unanimidade, pela Comissão de Licitação da entidade. Ademais, as propostas apresentavam valores equivalentes. Por conseguinte, ainda que a ação subjacente se volte contra o preenchimento do cargo de Procurador Jurídico do CAU-MS por suposto desvio de finalidade de ato administrativo, ao menos em sede de Agravo de Instrumento, inexistem elementos fáticos suficientes para a convicção do imediato decreto de medida acautelatória extrema.

XI. É necessária dilação probatória para aclarar os fatos imputados aos agravados, padecendo os autos de elementos indúvidos dos alegados atos ímprobos cometidos, o que somente poderá ser apurado extreme de dúvidas após a devida instrução, com a apuração de eventual violação às normas e princípios legais. Nesse momento processual, mostra-se prematuro o decreto de medidas cautelares de extrema gravidade como a indisponibilidade de bens e a exoneração imediata de cargo.

XII. Agravo de Instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012484-43.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: MAIA, LANES & GOLDSCHMIDT SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO DE CARVALHO BORGES - SP153881-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012484-43.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: MAIA, LANES & GOLDSCHMIDT SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO DE CARVALHO BORGES - SP153881-A

APELADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de tutela antecipada em caráter antecedente, por meio da qual a autora IPSOS BRASIL PESQUISAS DE MERCADO LTDA. pretende oferecer garantia antecipada (depósito em dinheiro) à execução fiscal que deverá ser ajuizada pela União Federal, para exigir o pagamento de débito oriundo do Processo de Crédito nº 10880.965187/2017-31 (Processo de Cobrança nº 10880.975271/2017-62), bem como impedir que tal débito constitua óbice à expedição, pela Receita Federal do Brasil em conjunto com a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, da certidão conjunta de regularidade fiscal da autora perante a Fazenda Nacional, mais precisamente, da Certidão Positiva de Tributos e Contribuições Federais com Efeitos de Negativa.

Declarado extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento nos arts. 485, VI, e 493, *caput*, do CPC, tendo em vista que a União informou o ajuizamento da Execução Fiscal nº 5017478-62.2018.4.03.6182 em 24.09.2018, para o recebimento dos créditos garantidos na presente demanda, deixando de existir fundamento para a presente tutela antecipada, sem ônus de sucumbência, considerando que a propositura da ação decorreu apenas da urgência da execução pelo requerente.

Interposto recurso de apelação pela autora, requerendo a condenação da apelada ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 3º, do CPC.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012484-43.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: MAIA, LANES & GOLDSCHMIDT SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO DE CARVALHO BORGES - SP153881-A

APELADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

No caso em tela, verifica-se que a empresa autora foi intimada da decisão final proferida no processo administrativo em 21.02.2018, tendo, a partir de então, o prazo legal de trinta dias para o pagamento do débito, o qual se findaria, assim, em 23.03.2018.

Em razão de não ter sido efetuado o pagamento, o processo foi encaminhado para início do processo executivo de cobrança, com inscrição do débito em Dívida Ativa em 29.06.2018 e ajuizamento da execução fiscal em 24.09.2018.

Desse modo, verifica-se que, entre o final do prazo para pagamento do débito (23.03.2018) e o ajuizamento da execução fiscal (24.09.2018), transcorreram somente pouco mais de quatro meses, não havendo se falar, assim, em morosidade da União para propor a necessária ação de cobrança.

Em razão disso, não deve a União ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, os quais também não podem ser atribuídos à parte autora, que somente ajuizou a presente ação por necessitar garantir o crédito a fim de obter a necessária Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação da autora**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Apelação interposta por IPSOS BRASIL PESQUISAS DE MERCADO LTDA contra sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro nos artigos 485, inciso VI, e 493, caput, do CPC, ante a superveniente perda do objeto, sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

O Relator Des. Fed. Marcelo Saraiva negou provimento à apelação da empresa por entender que não houve morosidade da União para propor a necessária ação de cobrança, de maneira que descabida a reforma da sentença para a fixação de verba honorária. Divirjo, todavia, e passo a expor as razões do voto dissidente.

A sentença deve ser reformada para condenar a União ao pagamento de verba honorária, uma vez que a morosidade não deve ser entendida como um período temporal específico, notadamente à vista do prazo quinquenal que o fisco tem para ajuizar o feito executivo, mas sim como a impossibilidade de a parte ser penalizada na obtenção da certidão em razão de um ato que já poderia ter sido praticado pelo fisco, mas não o foi. Nesse sentido, confira-se:

TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. EXPEDIÇÃO DE CPD-EN. OFERECIMENTO DE CARTA DE FIANÇA COMO GARANTIDA DA DÍVIDA. POSSIBILIDADE.

1. Compulsando-se os autos, verifica-se que os débitos em questão somam a quantia de R\$ 6.251.630,16 (fls. 28/32 e 100/104), bem como que as cartas de fiança acostadas às fls. 195/196 e 198/199 foram emitidas por prazo indeterminado, nos valores limites de R\$ 6.151.813,78 e R\$ 3.169.771,63, para afiançar os débitos decorrentes dos processos administrativos nºs 13808.002908/00-14 e 13808.002909/00-87, respectivamente. Conclui-se, portanto, que as cartas de fiança apresentadas são aptas à garantia dos débitos discutidos.
2. A razão de fato que justificou o oferecimento da presente demanda foi a demora no ajuizamento de execução fiscal, impedindo a requerente de garantir o débito, e, conseqüentemente, de obter a certidão pretendida.
3. Certo é que quem decide o momento mais oportuno para a propositura da ação de execução fiscal é o Fisco. Todavia, se o devedor sofre algum prejuízo em sua atividade pela não expedição de certidão de regularidade fiscal, pode antecipar-se oferecendo garantia, dando bens em caução.
4. Nesse sentido teve início corrente jurisprudencial admitindo a propositura de ações cautelares visando ao oferecimento de bens em caução, em casos análogos ao presente.
5. Ora, não se pode imputar ao contribuinte em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança de débito tributário.
6. Assim, a caução oferecida pelo contribuinte antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada, viabilizando a expedição de CPD-EN.
7. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (grifei)

(TRF 3ª Região, AC/REO n.º 2007.61.00.006743-6/SP, rel. Des. Federal Cecília Marcondes, Terceira Turma, Julg.: 18.05.2009, v.u., D.E 10.06.2009)

Destarte, foi a União que deu causa ao ajuizamento da demanda. Destaque-se que a extinção por perda superveniente do objeto desta ação em virtude da propositura da competente execução fiscal não altera tal conclusão, pois “à luz do princípio da causalidade (*Veranlassungsprinzip*), as despesas processuais e os honorários advocatícios recaem sobre a parte que deu causa à extinção do processo sem julgamento do mérito ou à que seria perdedora se o magistrado chegasse a julgar o mérito da causa” (STJ, REsp 1.706.968/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª TURMA, DJe de 19/12/2017). Sobre o tema, outro precedente desta corte:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE. OFERECIMENTO DE SEGURO GARANTIA. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à fixação de honorários advocatícios em ação ordinária extinta por perda do objeto.
2. O conceito de interesse de agir está intimamente ligado à ideia de utilidade e necessidade da jurisdição. Assim, se no curso do processo, o bem da vida é atingido ou se esvai a possibilidade de sua obtenção, não há mais que se falar em cabimento de ação judicial, configurando, portanto, perda superveniente do interesse de agir.
3. Para fins de fixação do ônus da sucumbência, cuidando-se de hipótese de perda do objeto, nos termos do art. 85, §10º, do atual CPC, deve ser observado o princípio da causalidade, cabendo a condenação àquele que deu causa à demanda.
4. Cuidando-se de procedimento de tutela cautelar antecedente, posteriormente convertido em ação ordinária, apresentado com objetivo de caucionar futura execução fiscal através do oferecimento de seguro garantia, o posterior ajuizamento da ação executiva implica em evidente falta superveniente de interesse de agir.
5. A propositura pelo contribuinte de ação cautelar de antecipação de garantia, preparatória de futura execução fiscal, a ser oportunamente ajuizada pelo Fisco, é admitida na jurisprudência pátria, a fim de evitar situação de desvantagem para aquele que, ainda não tendo sido executado, não tem como suspender a exigibilidade do crédito tributário.
6. No caso dos autos, por ocasião da propositura do procedimento de tutela cautelar antecedente, em 10.10.2016, a demandante possuía legítimo interesse em seu ajuizamento, considerando-se a existência de inscrição em dívida ativa em seu nome.
7. Ressalta-se que os Tribunais Superiores entendem pela possibilidade de fixação de honorários advocatícios em sede de ação cautelar, em razão dos princípios da sucumbência e da causalidade, quando estas se mostrarem autônomas e contenciosas.
8. Cumpre destacar que houve litigiosidade na discussão, uma vez que a União Federal se mostrou contrária à aceitação do seguro garantia enquanto meio apto a caucionar futura execução fiscal.
9. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0008538-84.2016.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/06/2020)

Quanto ao valor da verba honorária, cabível a sua fixação no patamar mínimo de 8% previsto no inciso II do §3º do artigo 85, em razão da natureza da causa, bem como do grau de zelo dos profissionais e do trabalho realizado e do valor dado à causa (R\$ 363.640,78, em maio de 2018), notadamente à vista do disposto no §6º, que prevê que “os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito”. Nesse sentido, confira-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. FAZENDA PÚBLICA COMO PARTE. TARIFAÇÃO. CRITÉRIOS. OBSERVÂNCIA. EQUIQUIDADE. AFASTAMENTO.

1. Não se tratando de hipótese em que a aplicação da tarifação dos honorários de sucumbência atinja os postulados constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, **a ponderação dos critérios previstos no art. 85, § 2º, do CPC (complexidade da causa e extensão do trabalho realizado pelo advogado) não permite a exclusão da tarifação estabelecida no § 3º, cuidando-se de causa em que a Fazenda Pública faz parte, mas, apenas, subsidia o magistrado quando do arbitramento do percentual dentro dos intervalos estabelecidos nos incisos I a V. Precedentes.**

2. Hipótese em que o acórdão recorrido aplicou aos honorários de sucumbência um juízo de equidade fora das hipóteses previstas na lei, devendo ser cassado.

3. Agravo interno desprovido.

(grifo nosso)

(AgInt no REsp 1848999/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 01/07/2020)

Ante o exposto, divirjo para dar provimento à apelação do contribuinte para condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 8% sobre o valor da causa atualizado.

É como voto.

ANDRÉ NABARRETE – DESEMBARGADOR FEDERAL

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA COM CARÁTER ANTECEDENTE A EXECUÇÃO FISCAL. DEPÓSITO EM DINHEIRO. AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. PERDA DE OBJETO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

I - A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

II - No caso em tela, verifica-se que a empresa autora foi intimada da decisão final proferida no processo administrativo em 21.02.2018, tendo, a partir de então, o prazo legal de trinta dias para o pagamento do débito, o qual se findaria, assim, em 23.03.2018.

III - Em razão de não ter sido efetuado o pagamento, o processo foi encaminhado para início do processo executivo de cobrança, com inscrição do débito em Dívida Ativa em 29.06.2018 e ajuizamento da execução fiscal em 24.09.2018.

IV - Desse modo, verifica-se que, entre o final do prazo para pagamento do débito (23.03.2018) e o ajuizamento da execução fiscal (24.09.2018), transcorreram somente pouco mais de quatro meses, não havendo se falar, assim, em morosidade da União para propor a necessária ação de cobrança.

V - Em razão disso, não deve a União ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, os quais também não podem ser atribuídos à parte autora, que somente ajuizou a presente ação por necessitar garantir o crédito a fim de obter a necessária Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa.

VI – Recurso de apelação da parte autora improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao recurso de apelação da autora, nos termos do voto Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA, MÔNICA NOBRE e JOHNSOM DI SALVO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, que dava provimento à apelação do contribuinte para condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 8% sobre o valor da causa atualizado. Fará declaração de voto o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE. A Des. Fed. MÔNICA NOBRE votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005202-45.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MUNDO DA BOLA EMPREENDIMENTOS ESPORTIVOS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: VALDIR KEHL - SP99626-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005202-45.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MUNDO DA BOLA EMPREENDIMENTOS ESPORTIVOS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: VALDIR KEHL - SP99626-N

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal, ajuizada em 17.01.2014, pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) em face de MUNDO DA BOLA EMPREENDIMENTOS ESPORTIVOS LTDA., objetivando a cobrança de débitos referentes ao IRPJ e à CSLL, período de apuração: 01.07.2008, vencimento em 31.10.2008, constituídos por Auto de Infração, com notificação por edital em 28.08.2012.

Despacho citatório proferido em 23.01.2014.

Apresentada exceção de pré-executividade pela executada, aduzindo que: por força da Lei nº 12.865/13 foi possibilitado o pagamento da dívida em questão, com reduções de juros de mora e multas, desde que a quitação ocorresse até 31.12.2013, entre outros requisitos; o pedido de pagamento foi feito pela contribuinte e aceito pela União; em 27.12.2013, a contribuinte quitou todo seu débito junto à União, conforme DARFs apresentados com a exceção, tendo sido expedida, em 08.01.2014, a Certidão Conjunta Negativa, expedida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, requerendo a extinção da execução fiscal, com condenação da exequente ao pagamento da verba honorária.

Manifestação da União, informando que o débito ora em cobrança encontra-se extinto por pagamento posterior ao ajuizamento da ação, requerendo a extinção do feito com fulcro no art. 794, I, do CPC.

Em cumprimento a determinação judicial, esclareceu a exequente que o pagamento do débito ocorreu em 27.12.2013, quando já emitidos os documentos para o ajuizamento da presente execução.

Julgado extinta a execução fiscal, com fundamento no art. 924, II, do CPC, com condenação da exequente, ante o princípio da causalidade, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, de acordo com o art. 85, § 2º, do CPC, em 10% sobre o valor da causa, sob o fundamento de que é dever da Fazenda Pública manter o controle sobre as informações, evitando, assim, eventual prejuízo ao devedor.

Interposto recurso de apelação pela União, requerendo seja afastada sua condenação ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, aduzindo que requereu a extinção da execução fiscal na primeira oportunidade de se pronunciar no feito, concordando com as alegações da executada, encontrando-se a sentença recorrida em desconformidade com o art. 19, § 1º, I, da Lei nº 10.522/02. Subsidiariamente, requer a aplicação do disposto no art. 90, § 4º, do CPC/15.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005202-45.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MUNDO DA BOLA EMPREENDIMENTOS ESPORTIVOS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: VALDIR KEHL - SP99626-N

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O ceme da questão do pleito refere-se à possibilidade da condenação da União em honorários advocatícios.

A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

Por seu turno, o art. 19, § 1º, I, da Lei 10.522/02, prevê a não condenação de honorários em caso de reconhecimento da procedência do pedido:

"Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

(...)

§ 1o Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:

1 - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários;"

Não obstante o previsto pelo dispositivo, no entanto, a jurisprudência assente do C. Superior Tribunal de Justiça entende ser inaplicável tal dispositivo às hipóteses regidas pela Lei nº 6.830/80, quando há interposição de embargos à execução ou oposição de exceção de pré-executividade, tendo em vista o princípio da causalidade. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RECONHECIMENTO PELA FAZENDA NACIONAL DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONDENÇÃO EM CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Nos termos do art. 19, § 1º, da Lei 10.522/2002, são indevidos honorários advocatícios nos casos em há reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública.

2. A dispensa de honorários sucumbenciais só é pertinente se o pedido de desistência da cobrança é apresentado antes de oferecidos os embargos. Logo, é possível a condenação da Fazenda Nacional em honorários advocatícios, a despeito do teor do art. 19, § 1º, da Lei 10.522/02, quando a extinção da execução ocorrer após o oferecimento de embargos pelo devedor, como no caso dos autos. Precedentes.

3. O mesmo raciocínio pode ser utilizado para possibilitar a condenação da Fazenda Pública exequente em honorários advocatícios quando a extinção da execução ocorrer após a contratação de advogado pelo executado, ainda que para oferecer exceção de pré-executividade (AgRg no AREsp 155.323/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012).

Agravo interno improvido."

(AgInt no Resp 1590005/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 14/06/2016)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESISTÊNCIA DA EXECUÇÃO FISCAL APÓS O OFERECIMENTO DOS EMBARGOS. POSSIBILIDADE DE CONDENÇÃO DO FISCO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 19, § 1º LEI 10.522/02 EM FACE DO ART. 20 DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A 1ª Seção desta Corte pacificou o entendimento de que o art. 19, § 1º da Lei 10.522/02 deve ser interpretado sistematicamente em face do art. 20 do CPC, que dispõe a respeito da fixação dos honorários advocatícios devidos pelo vencido, especificamente quando a desistência da execução fiscal ocorre após o oferecimento dos Embargos, tendo em vista o princípio da causalidade, situação em que, portanto, será possível a condenação do Fisco ao pagamento da verba honorária (EREsp. 1.215.003/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 16.4.2012).

2. Agravo Regimental da Fazenda Nacional desprovido."

(AgRg no REsp 1222874/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 31/08/2016)

No mesmo sentido, colaciono julgado desta E. Corte:

"PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. PARCELAMENTO ANTERIOR. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 19, PARÁGRAFO 1º DA LEI Nº 10.522/2002. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS. RECURSO PROVIDO.

- No que diz respeito à possibilidade de incidência de verba honorária, verifica-se que, tanto no caso de oposição de embargos, como no caso de mera apresentação de exceção de pré-executividade, os executados tiveram que efetuar despesas e constituir advogado para se defender da execução indevida, o que impõe o ressarcimento das quantias despendidas.

- Cabe ao vencido, aquele que deu causa à instauração do processo, arcar com as despesas dele decorrentes. Dessa forma, será sucumbente a parte que deu causa à instauração de uma relação processual indevida.

- O processo foi extinto, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, ante a falta de pressuposto processual consistente em título executivo válido. De fato, os créditos, no momento do ajuizamento do feito em 05/05/2015, encontravam-se com a exigibilidade suspensa ante a adesão ao parcelamento instituído pela Lei nº 12.996/14, em 22/10/2014 (fls. 71 e 125/126).

- Haja vista o caráter contencioso da exceção de pré-executividade (fls. 16/18), é devida a condenação da União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, ainda que o ente federal tenha reconhecido a procedência do pedido antes de proferida a sentença, sendo inaplicável o disposto no artigo 19, parágrafo 1º da Lei nº 10.522/2002.

- Considerando o valor da execução, incide a hipótese prevista nos termos do artigo 85, § 3º, I, do CPC, fixo a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da execução, devidamente atualizados.

-Apelação provida."

(AC 0029302-11.2015.4.03.6182, Rel. Desembargadora Federal Mônica Nobre, quarta Turma, julgado em 03/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/05/2017)

No caso dos autos, consoante a documentação acostada aos autos e afirmado pela própria exequente, a quitação do débito ora em cobrança ocorreu anteriormente ao ajuizamento da execução fiscal, devendo ser mantida, assim, a condenação da exequente ao pagamento do ônus de sucumbência (custas processuais e honorários advocatícios).

No tocante ao pleito de redução da verba honorária, à metade, nos termos do art. 90, § 4º, do CPC/15, todavia, lhe assiste razão.

Com efeito, tendo a União concordado com o alegado pela executada na primeira oportunidade que teve, após a apresentação da exceção de pré-executividade, aplica-se ao caso o disposto no art. 90, § 4º, do CPC/15.

Desse modo, fixo os honorários advocatícios em 5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos dos arts. 85, § 2º, e 90, § 4º, do CPC/15.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso de apelação da União**, para reduzir à metade a verba honorária arbitrada na sentença, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO POR PAGAMENTO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO. CONCORDÂNCIA DA UNIÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 90, § 4º, DO CPC.

I - A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

II - Não obstante o previsto pelo art. 19, § 1º, I, da Lei nº 10.522/02, a jurisprudência assente do C. STJ entende ser inaplicável tal dispositivo às hipóteses regidas pela Lei nº 6.830/80, quando há interposição de embargos à execução ou oposição de exceção de pré-executividade, tendo em vista o princípio da causalidade.

III - No caso dos autos, consoante a documentação acostada aos autos e afirmado pela própria exequente, a quitação do débito ora em cobrança ocorreu anteriormente ao ajuizamento da execução fiscal, devendo ser mantida, assim, a condenação da exequente ao pagamento do ônus de sucumbência (custas processuais e honorários advocatícios).

IV - Tendo a União concordado com o alegado pela executada na primeira oportunidade que teve, após a apresentação da exceção de pré-executividade, aplica-se ao caso o disposto no art. 90, § 4º, do CPC/15.

V – Recurso de apelação da União parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso de apelação da União, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5016704-32.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: JOSE PAZ VAZQUEZ, JUAN JOSE CAMPOS ALONSO

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/12/2020 285/837

Advogado do(a) APELANTE: JOSE VICENTE CERA JUNIOR - SP155962-A

Advogado do(a) APELANTE: JOSE VICENTE CERA JUNIOR - SP155962-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5016704-32.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: JOSE PAZ VAZQUEZ, JUAN JOSE CAMPOS ALONSO

Advogado do(a) APELANTE: JOSE VICENTE CERA JUNIOR - SP155962-A

Advogado do(a) APELANTE: JOSE VICENTE CERA JUNIOR - SP155962-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal, interpostos por JOSÉ PAZ VAZQUEZ e JUAN JOSÉ CAMPOS ALONSO em face da FAZENDA NACIONAL, alegando, em síntese: decadência e prescrição; nulidade da CDA; ilegitimidade passiva; ilegalidade da Taxa SELIC; multa com caráter confiscatório.

Embargos julgados procedentes, para reconhecer a ilegitimidade dos embargantes nos autos da execução fiscal, sem condenação da embargada ao pagamento da verba honorária, sob o fundamento de que o redirecionamento da execução contra os embargantes decorreu da dicção da certidão do Oficial de Justiça de fl. 20 da ação executiva, em diligência no endereço da sede da empresa, conforme Ficha Cadastral da JUCESP de fl. 32, tendo sido apurada nos autos a mudança de endereço da executada somente em 01.12.2016.

Interposto recurso de apelação pelos embargantes, requerendo a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, aduzindo: sendo refutada a alegação de encerramento irregular da executada principal, que teve reconhecida sua plena atividade, bem como a nulidade do presente feito executivo em relação aos apelantes ante sua ilegitimidade passiva, e tendo os embargantes sido obrigados a contratar advogado e incorrer em despesas para sua defesa, impõe-se a condenação da apelada ao pagamento das custas e dos honorários de sucumbência, nos termos do art. 85 do NCPC, independentemente do motivo pelo qual os apelantes foram incluídos no polo passivo da demanda executiva; restou comprovado nos autos a inexistência de qualquer situação de dissolução irregular da sociedade, considerando a regularidade de seus registros fiscais (RFB) e comerciais (JUCESP); não houve a devida diligência, seja por parte do Oficial de Justiça, seja por parte da exequente, exigida para o redirecionamento da empresa executada, que emprega centenas de empregados e é uma das indústrias mais importantes da Cidade de Aguaí, não tendo a Procuradoria da Fazenda Nacional realizado seu poder-dever de diligenciar para a correta instrução e processamento do feito executivo, conduzindo-se pelo caminho mais fácil de requerer o redirecionamento da execução para os sócios.

Comcontrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5016704-32.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: JOSE PAZ VAZQUEZ, JUAN JOSE CAMPOS ALONSO

Advogado do(a) APELANTE: JOSE VICENTE CERA JUNIOR - SP155962-A

Advogado do(a) APELANTE: JOSE VICENTE CERA JUNIOR - SP155962-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

No caso dos autos, não há como se entender que a exequente deu causa ao ajuizamento dos presentes embargos.

Foram acostados a estes embargos os seguintes documentos:

- Consulta ao CNPJ, realizada em 17.11.2017, em nome de IBÉRIA INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA., constando como endereço, à época da consulta e desde 02.08.2013: Avenida Ibirapuera, 2144 – 1º andar; e como endereços anteriores: 27.03.2006 – Rua Embaixador Macedo Soares, 10735, Galpão 03, 2º andar, São Paulo – SP; 22.04.2010 – Rua Cincinato Braga, 340, conjunto 112, sala 1, Bela Vista, São Paulo/SP – ID 97105741, pp. 208/210;

- Ficha Cadastral Completa da JUCESP: consta como endereço da empresa a Rodovia SP 225 c/Est. José G. Alonso, S/N, Km 04, Bairro Sítio Alegria, Município de Aguiá/SP, com alteração para esse endereço ocorrida em 28.03.1996; em 24.09.2002, consta que no endereço anterior funcionaria a filial, tendo sido alterado o endereço da sede para Rua Monte Alegre, 212, ap. 81, Perdizes, São Paulo – SP; em 27.03.2006, consta a alteração do endereço da sede para Av. Embaixador Macedo Soares, 10735, GP. 2, 2º andar, Vila Anastácio, São Paulo/SP; em 05.04.2010, consta alteração do endereço da sede para Rua Cincinato Braga, 340, cj. 112, sl. 01, Bela Vista, São Paulo/SP; em 12.08.2013, consta alteração do endereço da sede para Avenida Ibirapuera, 2144, 1º andar, conj. Indianópolis, São Paulo/SP – ID 97105741, pp. 211/215;

- Inicial de execução fiscal, protocolada em 01.12.2003 – consta como endereço da empresa executada IBÉRIA INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA., a Rua Monte Alegre, 212, ap. 81, Perdizes, São Paulo – ID 97105740, p. 61;

- Ficha Cadastral, emitida em 13.06.2005, constando alteração do endereço da empresa, em 28.03.1996, para Rodovia SP 225 c/ Est. José G. Alonso, S/N, Km 04, Bairro Sítio Alegria, Município de Aguiá/SP; nova alteração de endereço da sede, em 24.09.2002, para Rua Monte Alegre, 212, ap. 81, Perdizes, São Paulo/SP e a abertura de uma filial no endereço antigo da sede – ID 97105740, pp. 79/84;

- Petição da exequente requerendo o redirecionamento do feito aos sócios, protocolada em 15.06.2005 – ID 97105740, pp. 76/77.

Da análise dessa documentação constata-se que quando do pedido de redirecionamento do feito executivo aos sócios ora embargantes, constava como endereço da sede da empresa executada, tanto na Ficha Cadastral da JUCESP como no cadastro de CNPJ da sociedade devedora, o endereço da Rua Monte Alegre, 212, ap. 81, Perdizes, São Paulo/SP, observando-se que no endereço localizado à Rodovia SP 225 c/ Est. José G. Alonso, S/N, Km 04, Bairro Sítio Alegria, Município de Aguiá/SP constava tratar-se de uma filial.

Portanto, tendo o Oficial de Justiça, à época, se dirigido ao endereço localizado em São Paulo/SP e não localizado a empresa executada, justificado estava o pleito de redirecionamento feito pela exequente.

O fato de, muito posteriormente, em novembro de 2016, ter sido constatado que a empresa estava funcionando em Aguiá/SP, não pode servir como fundamento para a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que quando do ajuizamento dos presentes embargos, em 2010, esse fato ainda não estava devidamente comprovado por Oficial de Justiça, cumprindo observar que a sentença somente foi proferida neste feito em 15.02.2017.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação dos embargantes**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS EMBARGANTES. CONSTATAÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE POR OFICIAL DE JUSTIÇA, NO ENDEREÇO CONSTANTE DA FICHA CADASTRAL DA JUCESP E NO CADASTRO DO CNPJ DA SOCIEDADE DEVEDORA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

I - A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

II - Da análise dessa documentação constata-se que quando do pedido de redirecionamento do feito executivo aos sócios ora embargantes, constava como endereço da sede da empresa executada, tanto na Ficha Cadastral da JUCESP como no cadastro de CNPJ da sociedade devedora, o endereço da Rua Monte Alegre, 212, ap. 81, Perdizes, São Paulo/SP, observando-se que no endereço localizado à Rodovia SP 225 c/ Est. José G. Alonso, S/N, Km 04, Bairro Sítio Alegria, Município de Aguiá/SP constava tratar-se de uma filial.

III - Tendo o Oficial de Justiça, à época, se dirigido ao endereço localizado em São Paulo/SP e não localizado a empresa executada, justificado estava o pleito de redirecionamento feito pela exequente.

IV - O fato de, muito posteriormente, em novembro de 2016, ter sido constatado que a empresa estava funcionando em Aguiá/SP, não pode servir como fundamento para a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que quando do ajuizamento dos presentes embargos, em 2010, esse fato ainda não estava devidamente comprovado por Oficial de Justiça, cumprindo observar que a sentença somente foi proferida neste feito em 15.02.2017.

V – Recurso de apelação dos embargantes improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso de apelação dos embargantes, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000645-28.2018.4.03.6126

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: JOSE ADILSON COSTA, LUZELEI TEREZINHA CUSSOLIM COSTA

Advogado do(a) APELANTE: DANILO LUIS PESSOA BATISTA - SP293013-N

Advogado do(a) APELANTE: DANILO LUIS PESSOA BATISTA - SP293013-N

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000645-28.2018.4.03.6126

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: JOSE ADILSON COSTA, LUZELEI TEREZINHA CUSSOLIM COSTA

Advogado do(a) APELANTE: DANILO LUIS PESSOA BATISTA - SP293013-N

Advogado do(a) APELANTE: DANILO LUIS PESSOA BATISTA - SP293013-N

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de terceiro, interpostos por JOSÉ ADILSON COSTA e LUZELEI TEREZINHA CUSSOLIM COSTA em face da FAZENDA NACIONAL, alegando, em síntese, que: foi ajuizada execução fiscal pela ora embargada contra MARC ROBER ELETRONIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. – ME e JOSÉ PAULO PEREIRA MINGATI, em sede da qual foi penhorado parte ideal de um imóvel pertencente ao coexecutado José Paulo, do imóvel de Matrícula nº 5.240 do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Olímpia – SP, em 13.07.2010; através de Escritura Pública, os embargantes compraram o referido imóvel, em 30.03.2009, de Norival Fermão Carlos, Maria Eunice Pereira Fermão Carlos, Niceu Alves Pereira Filho, Priscila Trevisan Pereira, Ana Cristina Pereira, Belkiss Aparecida Mingati Thome, Carlos Enrique de Pádua, JOSÉ PAULO PEREIRA MINGATI, Renata Aparecida Morgado Mingati, Ana Luiza Pereira Mingati, Gustavo Alves Pereira e Renata de Castro Viana Pereira; por falta de condição financeira, não registraram a escritura à época, vindo a fazê-lo em 14.09.2011; os embargantes pagaram o ITBI em 2009 e firmaram contrato de aforamento (laudêmio).

Embargos julgados improcedentes, com condenação da parte embargante ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 5.000,00, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, observando-se que referida parte é beneficiária da Justiça Gratuita.

Interposto recurso de apelação pelos embargantes, aduzindo que adquiriram o imóvel em tela mediante Escritura Pública, em 30.03.2009, antes da existência da penhora, que se deu apenas em 13.07.2010, não tendo registrado antes o negócio jurídico por ausência de condições financeiras.

Com contrarrazões, nas quais a União requereu a majoração dos honorários de sucumbência, na forma do art. 85, § 11, do CPC, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000645-28.2018.4.03.6126

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: JOSE ADILSON COSTA, LUZELEI TEREZINHA CUSSOLIM COSTA

Advogado do(a) APELANTE: DANILO LUIS PESSOA BATISTA - SP293013-N

Advogado do(a) APELANTE: DANILO LUIS PESSOA BATISTA - SP293013-N

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Anteriormente à afetação da matéria como representativa da controvérsia, filia-me ao entendimento da jurisprudência no sentido de que somente se poderia falar em fraude à execução quando tivesse havido anteriormente citação do alienante, além de existir registro do gravame no respectivo órgão (DETRAN ou Cartório de Registro de Imóveis), para que a indisponibilidade do bem gerasse efeitos de eficácia *erga omnes*, salvo se evidenciada a má-fé dos particulares (*consilium fraudis*).

No julgamento do recurso repetitivo, submetido à sistemática do artigo 543-C, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, REsp nº 1.141.990/PR, o C. Superior Tribunal de Justiça propôs uma tese firmada em duas premissas: a) o momento em que se entende por verificada a fraude à execução fiscal, à luz da nova redação do artigo 185 do Código Tributário Nacional, dada pela Lei Complementar nº 118/05, que entrou em vigor em 09.06.2005 (artigo 4º); e b) se o teor da Súmula nº 375 do C. STJ ("*o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*"), incide sobre as matérias tributárias.

A redação original do artigo 185 do CTN, assim dispunha:

"Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução."

Como advento da Lei Complementar nº 118/05, a redação passou a ser a seguinte, *in verbis*:

"Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita."

Desse modo, presumia-se em fraude à execução, no caso de alienação efetivada antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05 (09.06.2005), se o negócio jurídico sucedesse à citação válida do devedor; posteriormente a 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa (encerrando presunção *jure et de jure*), sem a reserva de meios para quitação do débito.

Em relação à aplicação da Súmula nº 375 do C. Superior Tribunal de Justiça, o julgamento considerou que os precedentes que levaram à sua edição, não se basearam em processos tributários. Logo, não haveria impedimento em determinar-se a fraude à execução independentemente de registro de penhora no que toca aos créditos tributários, dispensando-se, nesse caso, o "*consilium fraudis*".

Assim, o juízo escoreito passou a ser o de que o registro da penhora não pode ser exigência à caracterização da fraude no âmbito tributário, na medida em que, com o advento da Lei Complementar nº 118/05, antecipa-se a presunção de fraude para o momento da inscrição em dívida ativa.

Confira-se a ementa do mencionado recurso repetitivo, apreciado pela Primeira Seção do C. STJ, da Relatoria do Ministro Luiz Fux:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N.º 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a Súmula n.º 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.

2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução."

3. A Lei Complementar n.º 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita."

4. Consequentemente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC n.º 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o *consilium fraudis*. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 472-473 / BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo: "O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (*tempus regit actum*), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ". (EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 14/10/2009) "Reserva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005);". (REsp 726.323/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009) "Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005". (AgRg no Ag 1.048.510/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008) "A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EREsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal". (REsp 810.489/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009).

8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante n.º 10, *in verbis*: "Viola a cláusula de reserva de plenário (cf. artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, conquanto componente do elenco das "garantias do crédito tributário"; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.

10. In casu, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal.

11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008."

(REsp 1141990/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 19/11/2010)

Portanto, a caracterização de má-fé do terceiro adquirente, ou mesmo a prova do conluio, não é necessária para caracterização da fraude à execução. Em face da natureza jurídica do crédito tributário, a simples alienação de bens pelo sujeito passivo, por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução.

Nesse sentido, colaciono julgados recentes da mencionada Corte Superior:

"(...)

Da leitura do excerto supracitado, verifica-se que orientação adotada pela Corte de origem destoa da jurisprudência do STJ, após o julgamento do REsp 1.141.990/PR (Tema repetitivo n. 290), no qual se pacificou o entendimento de que, em se tratando de crédito tributário, a alienação do bem, efetivada antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118, de 9 de junho de 2005 e sem que o alienante reserve outros meios para quitação (art. 185, p. u.), presume-se fraudulenta quando ocorrida após a citação válida do devedor. Trata-se de presunção absoluta (*jure et de jure*) que independe da boa-fé do adquirente ou do registro de penhora.

"(...)"

(STJ, decisão monocrática, REsp 1.673.079, Relator Ministro Gurgel de Faria, j. 02.04.2018, DJe 18.04.2018)

"(...)

11. Esta Corte Superior de Justiça vinha entendendo que para a caracterização da fraude à execução era necessário provar, além do fato de ser o alienante devedor e de a alienação ser capaz de reduzi-lo à insolvência, a existência do *consilium fraudis*. Buscava-se, na verdade, proteger o interesse do adquirente de boa-fé em detrimento do credor. Tal entendimento levou à edição da Súmula 375/STJ, que preceitua que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

12. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp. 1.141.990/PR, representativo de controvérsia, da relatoria do eminente Ministro LUIZ FUX (DJE 19.11.2010), consolidou o entendimento de não incidir a referida Súmula (375/STJ) em sede Execução Fiscal.

13. Naquela oportunidade, ficou assentado que o art. 185 do CTN, seja em sua escrita original ou na redação dada pela LC 118/2005, não prevê, como condição de presunção da fraude à execução fiscal, a prova do elemento subjetivo da fraude perpetrada, qual seja, o *consilium fraudis*. Ao contrário, estabeleceu-se que a constatação da fraude deve se dar objetivamente, sem se indagar da intenção dos partícipes do negócio jurídico. Explicou o eminente Ministro Relator que a diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas. E ao final concluiu: o entendimento esboçado deve ser o que conduz a que o registro da penhora não pode ser exigência à caracterização da fraude no âmbito dos créditos tributários, porquanto, nesse campo, há uma regra própria e expressa, máxime após a vigência da Lei Complementar 118/2005, porquanto o vício exsurge antes mesmo da citação da parte, mercê de a inscrição na dívida ativa ser precedida de processo administrativo.

"(...)"

(STJ, decisão monocrática, AREsp 1.129.668, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 05.04.2018, DJe 13.04.2018)

No caso dos autos, constamos seguintes documentos e decisões proferidas na execução fiscal correspondente:

Escritura Pública de Venda e Compra – 1º Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Olímpia – SP – datada de 30.03.2009 - consta como vendedores: Norival Fermino Carlos e sua mulher Maria Eunice Pereira Fermino Carlos, Niceu Alves Pereira Filho e sua mulher Priscila Trevisan Pereira (representados por sua procuradora Maria Eunice Pereira Fermino Carlos), Ana Cristina Pereira (representada por sua procuradora Maria Eunice Pereira Fermino Carlos), Belkiss Aparecida Mingati Thomé e seu marido Carlos Henrique de Pádua Thomé, JOSÉ PAULO PEREIRA MINGATI, Renata Aparecida Morgado Mingati, Ana Luíza Pereira Mingati (todos estes também representados por sua procuradora Maria Eunice Pereira Fermino Carlos), Gustavo Alves Pereira e sua mulher Renata de Castro Viana Pereira – como compradores consta JOSÉ ADILSON COSTA e sua mulher LUZELEI TEREZINHA CUSSOLIM COSTA – referente à venda e compra de um prédio, com frente para a Rua Dr. Olímpio nº 138, na Cidade de Olímpia – SP e seu respectivo terreno foreiro, cadastrado na Prefeitura Municipal de Olímpia – SP sob o nº 15400 (ID 133113892, pp. 49/52);

Guia do ITBI – consta o pagamento desse imposto em 30.03.2009 (ID 133113892, p. 53);

Contrato de Aforamento, requerido por JOSÉ ADILSON COSTA, datado de 27.03.2009, constando como foreiro anterior Godofredo Alves Pereira (ID 133113892, pp. 55/56);

Certidão de Valor Venal do Imóvel emitida pela Prefeitura Municipal da Estância Turística de Olímpia, em nome de Godofredo Alves Pereira, referente ao imóvel localizado à Rua Dr. Antônio Olímpio, 138, Patrim. S.J. Batista I, quadra 7, lote 12, datada de 28.02.2018 (ID 133113892, p. 57);

Cartório de Registro de Imóveis de Olímpia/SP, Livro nº 2 Registro Geral, Fichas 1/5, Matrícula nº 5.240 – referente ao imóvel localizado à Rua Dr. Antônio Olímpio nº 138, data nº 48, do quarteirão nº 7, na Cidade de Olímpia-SP e seu respectivo terreno foreiro, constando, em 28.02.1980, a aquisição do mesmo por Anna de Toledo Pereira, Maria Neunice Pereira Fermino Carlos, casada com Norival Fermino Carlos transmitida a propriedade por partilha do Espólio de Godofredo Alves Pereira; Av. 4, datada de 21.05.2008, constando o falecimento da proprietária Anna de Toledo Pereira, em 10.10.2005; Av. 10, de 21.05.2008, constando que o imóvel objeto desta matrícula encontrava-se cadastrado, à época, sob o nº 15.400 junto à Prefeitura Municipal, conforme carnê do IPTU do exercício de 2008; R. 11, em 21.05.2008, constando que, conforme Formal de Partilha, expedido em 04.04.2008, dos bens do espólio da proprietária Anna de Toledo Pereira, foi atribuído à herdeira filha, Maria Neunice Pereira Fermino Carlos e seu marido Norival Fermino Carlos, bem como aos herdeiros netos Niceu Alves Pereira Filho, Ana Cristina Pereira, Gustavo Alves Pereira e sua mulher Elaine Renata de Castro Viana Pereira, Belkiss Aparecida Mingati Thomé e seu marido Carlos Henrique de Pádua Thomé, JOSÉ PAULO PEREIRA MINGATI, Renata Aparecida Morgado Mingati e Ana Luíza Pereira Mingati, uma parte ideal equivalente a 15/18 do domínio útil do imóvel objeto desta matrícula; R.13, datado de 14.09.2011, constando que, conforme escritura de 30.03.2009, do 1º Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Olímpia-SP, os proprietários Norival Fermino Carlos e sua mulher Maria Neunice Pereira Fermino Carlos, Niceu Alves Pereira Filho e sua mulher Priscila Trevisan Pereira, Ana Cristina Pereira, Belkiss Aparecida Mingati Thomé e seu marido Carlos Henrique de Pádua Thomé, JOSÉ PAULO PEREIRA MINGATI, Renata Aparecida Morgado Mingati, Ana Luíza Pereira Mingati e Gustavo Alves Pereira e sua mulher Elaine Renata de Castro Viana Pereira transmitiram por venda a JOSÉ ADILSON COSTA e sua mulher LUZELEI TEREZINHA CUSSOLIM COSTA o domínio útil do imóvel objeto desta matrícula (ID 133113892, pp. 59/67);

Inicial da Execução fiscal ajuizada em 12.01.2005 (ID 133113892, pp. 71/100 e ID 133113893, pp. 1/8) em face de MARC ROBER ELETRONIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. – ME, com inscrição do débito em Dívida Ativa em 12.08.2004;

Despacho citatório, proferido em 15.06.2005 (ID 133113893, p. 10);

Despacho determinando a inclusão de JOSÉ PAULO PEREIRA MINGATI no polo passivo da execução fiscal, conforme requerido pela União em 09.01.2006 (ID 133113893, pp. 17/19 e 21);

Decisão proferida em 14.09.2006, não acolhendo a exceção de pré-executividade apresentada pela empresa executada e pelo sócio coexecutado (ID 133113893, pp. 23/27).

Da leitura e análise dos documentos e das decisões proferidas nos autos da execução fiscal, observa-se que o coexecutado JOSÉ PAULO PEREIRA MINGATI foi citado anteriormente a 14.09.2006, posto que nessa data foi proferida decisão não acolhendo a exceção de pré-executividade oposta por ele e pela empresa executada.

Por sua vez, tendo sido realizado o negócio jurídico entre esse coexecutado e os ora embargantes em 30.03.2009, data posterior ao início de vigência da Lei Complementar nº 118/05 (09.06.2005), a mera inscrição do débito em Dívida Ativa, em data anterior, como no caso dos autos, em que ocorreu em 12.08.2004, basta para caracterizar fraude à execução, cumprindo ressaltar que, na espécie, também a citação do coexecutado é anterior à alienação, não sendo o registro da penhora exigência à caracterização da fraude no âmbito tributário, na medida em que, com o advento da Lei Complementar nº 118/05, antecipa-se a presunção de fraude para o momento da inscrição em Dívida Ativa.

Por fim, no tocante ao pleito de majoração dos honorários advocatícios, requerido em sede de contrarrazões, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC, entendo lhe assistir razão.

Com efeito, foi atribuído à causa nos presentes embargos de terceiro o valor de R\$ 94.712,73, em fevereiro de 2018. Na sentença, por sua vez, proferida em 07.12.2018, foi fixado como verba honorária o montante de R\$ 5.000,00. Ambos os valores, atualizado para outubro de 2020, correspondem, respectivamente, a R\$ 103.198,93 e R\$ 5.257,52, conforme atualização monetária efetuada nos termos dos itens 1.1.3.2 (Cap. 1) e 4.2.1 (Cap. 4) do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução CJF nº 658/20.

Assim, verifica-se que os honorários advocatícios arbitrados, em outubro de 2020, correspondem a 5,09% sobre o valor atualizado da causa, havendo possibilidade, portanto, de majoração em sede recursal, nos termos do § 11 do art. 85 do CPC, pelo que fixo os honorários advocatícios devidos à embargada em 6,09% sobre o valor atualizado da causa à época da liquidação.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação dos embargantes, majorando a verba honorária, conforme requerido em sede de contrarrazões**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL. FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. ART. 85, § 11, DO CPC.

I - O registro da penhora não pode ser exigência à caracterização da fraude no âmbito tributário, na medida em que, com o advento da Lei Complementar nº 118/05, antecipa-se a presunção de fraude para o momento da inscrição em dívida ativa. REsp nº 1.141.990/PR, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

II - A caracterização de má-fé do terceiro adquirente, ou mesmo a prova do conluio, não é necessária para caracterização da fraude à execução. Em face da natureza jurídica do crédito tributário, a simples alienação de bens pelo sujeito passivo, por quantia inscrita em dívida ativa, sem reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução.

III - Da leitura e análise dos documentos e das decisões proferidas nos autos da execução fiscal, observa-se que o coexecutado JOSÉ PAULO PEREIRA MINGATI foi citado anteriormente a 14.09.2006, posto que nessa data foi proferida decisão não acolhendo a exceção de pré-executividade oposta por ele e pela empresa executada.

IV - Tendo sido realizado o negócio jurídico entre esse coexecutado e os ora embargantes em 30.03.2009, data posterior ao início de vigência da Lei Complementar nº 118/05 (09.06.2005), a mera inscrição do débito em Dívida Ativa, em data anterior, como no caso dos autos, em que ocorreu em 12.08.2004, basta para caracterizar fraude à execução, cumprindo ressaltar que, na espécie, também a citação do coexecutado é anterior à alienação, não sendo o registro da penhora exigência à caracterização da fraude no âmbito tributário, na medida em que, com o advento da Lei Complementar nº 118/05, antecipa-se a presunção de fraude para o momento da inscrição em Dívida Ativa.

V - Foi atribuído à causa nos presentes embargos de terceiro o valor de R\$ 94.712,73, em fevereiro de 2018. Na sentença, por sua vez, proferida em 07.12.2018, foi fixado como verba honorária o montante de R\$ 5.000,00. Ambos os valores, atualizado para outubro de 2020, correspondem, respectivamente, a R\$ 103.198,93 e R\$ 5.257,52, conforme atualização monetária efetuada nos termos dos itens 1.1.3.2 (Cap. 1) e 4.2.1 (Cap. 4) do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução CJF nº 658/20.

VI - Assim, verifica-se que os honorários advocatícios arbitrados, em outubro de 2020, correspondem a 5,09% sobre o valor atualizado da causa, havendo possibilidade, portanto, de majoração em sede recursal, nos termos do § 11 do art. 85 do CPC, conforme requerido em sede de contrarrazões, pelo que fixo os honorários advocatícios devidos à embargada em 6,09% sobre o valor atualizado da causa à época da liquidação.

VII – Recurso de apelação dos embargantes improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso de apelação dos embargantes, majorando a verba honorária, conforme requerido em sede de contrarrazões, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007152-49.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: GIRAKIDS COMÉRCIO DE DOCES, BRINQUEDOS E JOGOS ELETRÔNICOS EIRELI

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ELAINE SAYONARA GRACHER MARQUES - SC33964-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007152-49.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: GIRAKIDS COMÉRCIO DE DOCES, BRINQUEDOS E JOGOS ELETRÔNICOS EIRELI

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ELAINE SAYONARA GRACHER MARQUES - SC33964-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Girakids Comércio de Doces, Brinquedos e Jogos Eletrônicos Eireli, em face de ato do Inspetor Chefe da Alfândega da Receita Federal do Brasil em Santos, objetivando obter provimento jurisdicional que determine à autoridade impetrada que proceda à imediata análise e conclusão do despacho aduaneiro relativo às mercadorias descritas na Declaração de Importação nº 19/1279330-1.

Afirma a impetrante que promoveu a importação de máquinas de diversão eletrônica, as quais foram parametrizadas no canal vermelho de conferência aduaneira. Informa que muito embora tenha cumprido todas as exigências lançadas via SISCOMEX, a autoridade fiscal entendeu por bem solicitar ao Núcleo Técnico da Polícia Federal de Santos a elaboração de laudo pericial.

Alega, porém, que não obstante o transcurso de mais de 40 (quarenta) dias desde o registro da DI, o laudo pericial solicitado ainda não foi elaborado, encontrando-se interrompido, por consequência, o despacho aduaneiro das mercadorias importadas, o que caracteriza violação aos princípios da celeridade e eficiência.

A medida liminar foi deferida, em parte, para determinar à autoridade impetrada que providencie os meios necessários para a conclusão do laudo pericial relativo às mercadorias descritas na DI nº 19/1279330-1, com a devida análise das demais partes e peças (Adição 001 a 008 e 010 a 013), no prazo de 30 (trinta) dias (Id 138498311). Contra essa decisão a União interpôs agravo de instrumento, tendo sido indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (Id 138498338).

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* concedeu em parte a segurança, para determinar à autoridade impetrada que adote as providências necessárias à conclusão do despacho aduaneiro referente à DI 19/1279330-1, no prazo de 10 (dez) dias, resolvendo o mérito do processo, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Sem condenação em honorários advocatícios a teor do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e da Súmula 105 do STJ (Id 138498340).

Sem recursos voluntários, os autos foram remetidos a esta E. Corte por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo desprovemento da remessa oficial (Id 139318813).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007152-49.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: GIRAKIDS COMÉRCIO DE DOCES, BRINQUEDOS E JOGOS ELETRÔNICOS EIRELI

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ELAINE SAYONARA GRACHER MARQUES - SC33964-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de remessa necessária a que está sujeita sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal de Santos/SP que concedeu em parte a ordem pleiteada nos autos do mandado de segurança para determinar à autoridade impetrada que adote as providências necessárias à conclusão do despacho aduaneiro referente à DI 19/1279330-1, no prazo de 10 (dez) dias, resolvendo o mérito do processo, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

No caso em tela, não há que se falar na reforma da sentença, proferida nos seguintes termos:

"(...) O mandado de segurança é remédio constitucional adequado para proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, CF/88).

Porém, na via eleita, torna-se inarredável a existência de prova pré-constituída das alegações, a tornarem incontroversos os fatos alegados, tendo em vista a impossibilidade processual de dilação probatória.

No caso em exame, entendo presentes os requisitos legais necessários para a concessão parcial da segurança.

Com efeito, resta suficientemente demonstrado nos autos que a perícia técnica solicitada pela autoridade aduaneira à Polícia Federal de Santos, relativamente às mercadorias importadas descritas na Declaração de Importação nº 19/1279330-1, decorre de suspeita de importação de mercadoria proibida, de licenciamento vedado.

Denota-se, portanto, que a elaboração do laudo pericial em questão constitui requisito fundamental para a conclusão da análise do despacho aduaneiro, mostrando-se inviável, portanto, a concessão da segurança nos moldes em que requerida na inicial.

Por outro lado, observo que, por ocasião das informações complementares prestadas pela autoridade impetrada, foi notificada a elaboração por parte da Polícia Federal do Laudo 511/2019-NUTEC/DPF/STS/SP, com a conclusão da análise das mercadorias relacionadas à Adição 009 da DI nº 19/1279330-1, porém sem a devida análise das demais partes e peças (Adição 001 a 008 e 010 a 013), ao argumento de falta de estrutura no local à época da realização da perícia (ids 23848203 e 23848204).

Contudo, inobstante à comprovada solicitação de complementação da perícia por parte da autoridade aduaneira (id 23848209), não havia nos autos qualquer indicativo acerca das providências administrativas a serem efetuadas e do respectivo prazo para a conclusão dos trabalhos periciais.

Nessa perspectiva, entendo, tal como consta da decisão que deferiu em parte o pedido liminar (id 23967153), que limitações de ordem administrativa não podem sobrepor-se ao ordenamento jurídico, de modo que não é lícito impor a terceiros o ônus de aguardar indefinidamente o momento da execução das medidas administrativas, e, por consequência, o ônus material de suportar os custos pelo exercício do poder de polícia aduaneira. Cabe à Administração Pública, portanto, providenciar a estrutura necessária ao atendimento das suas finalidades, dotando-se de meios adequados para a consecução de suas atividades relacionadas à fiscalização de mercadorias importadas.

Não se revela admissível, portanto, que a conclusão da fiscalização aduaneira objeto dos autos se postergue indefinidamente, sendo juridicamente plausível a determinação de complementação do laudo pericial, em prazo célere, pelos peritos do Departamento de Polícia Federal ou, na impossibilidade, por peritos credenciados pela própria Alfândega.

Nesta medida, há que ser reconhecido o direito líquido e certo da impetrante à conclusão do laudo pericial relativo às mercadorias descritas na DI nº 19/1279330-1, com a devida análise das demais partes e peças (Adição 001 a 008 e 010 a 013).

Verifico dos autos, porém, que muito embora a autoridade impetrada tenha noticiado o cumprimento da decisão liminar, com a juntada das conclusões da fiscalização decorrentes da conferência física da mercadoria (id 26411132), a impetrante logrou comprovar que o respectivo despacho aduaneiro foi novamente interrompido na data de 16/01/2020, sob a justificativa de que se faz necessário aguardar o deslinde do presente feito para a sua conclusão (id 28888320).

Reputo, porém, que tal interrupção, à míngua de novas exigências fiscais e diante do decurso do prazo previsto no art. 4º do Decreto 70.235/72, constitui mora administrativa superveniente em relação à conclusão do despacho aduaneiro, ato consecratório da finalização da análise técnica levada a efeito por ocasião da conferência aduaneira.

Em face do exposto, DETERMINO à autoridade impetrada que adote as providências necessárias à conclusão do despacho aduaneiro referente à DI 19/1279330-1, com vistas ao quanto apurado na conferência aduaneira, no prazo de 10 (dez) dias, e CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA, resolvendo o mérito do processo, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para reconhecer o direito líquido e certo da impetrante à conclusão do laudo pericial relativo às mercadorias descritas na DI nº 19/1279330-1, com a devida análise das demais partes e peças (Adição 001 a 008 e 010 a 013) e, por consequência, à conclusão do respectivo despacho aduaneiro.

Não vislumbro, ao menos por ora, a necessidade de comunicação de multa pecuniária para a efetivação da presente medida.

Oficie-se, com urgência, à autoridade impetrada, para fins de cumprimento da presente decisão, devendo ser noticiada nos autos eventual impossibilidade de cumprimento.

Sem honorários advocatícios, a teor do art. 25 da Lei 12.016/09 e da Súmula nº 105 do C. STJ.

Custas a cargo da impetrante.

Comunique-se o E. Relator do agravo de instrumento interposto (id 31658942).

Sentença submetida a reexame necessário."

Conforme se extrai da transcrição supra, mesmo após o cumprimento da liminar o despacho aduaneiro foi novamente interrompido, em 16/01/2020, sob a justificativa de que se faz necessário aguardar o deslinde do presente feito para a sua conclusão. Ora, como bem assentou o r. Juízo de piso, tal interrupção, sem novas exigências fiscais, bem como considerando o decurso do prazo previsto no art. 4º do Decreto 70.235/72, constitui mora administrativa superveniente em relação à conclusão do despacho aduaneiro, ato consectário da finalização da análise técnica levada a efeito por ocasião da conferência aduaneira.

Assim, concluiu-se que o provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos.

Por outro lado, não foi interposto recurso que pudesse infirmar o quanto decidido, motivo pelo qual de rigor a manutenção da sentença, por seus próprios fundamentos.

Registre-se, por oportuno, que a adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na sentença recorrida - técnica de julgamento 'per relationem' -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores, mesmo porque não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF/88, segundo o qual "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)".

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE - INOCORRÊNCIA DE CONSUMAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA PRESCRIÇÃO PENAL - INCORPORAÇÃO, AO ACÓRDÃO, DAS RAZÕES EXPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" - LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO - DEVOLUÇÃO IMEDIATA DOS AUTOS, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO, PARA EFEITO DE PRONTA EXECUÇÃO DA DECISÃO EMANADA DA JUSTIÇA LOCAL - POSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

(...)

- Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação "per relationem", que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes." (destaque)

(STF, AI 825520 AgR-ED, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 31/05/2011, DJe 09/09/2011)

"AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE.

1. Consoante o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em nulidade por ausência de fundamentação ou por negativa de prestação jurisdicional a decisão que se utiliza da fundamentação per relationem. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83/STJ.

2. Não se admite o recurso especial quando a questão federal nele suscitada não foi enfrentada no acórdão recorrido. Incidem as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal (STF).

3. Agravo interno a que se nega provimento." (destaque)

(STJ, AgInt no AREsp 1322638/DF, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, j. 11/12/2018, DJe 18/12/2018)

Ante o exposto, nego provimento à Remessa Oficial.

É como voto.

REMESSA OFICIAL. ADMINISTRATIVO. DESPACHO ADUANEIRO. MORA DA ADMINISTRAÇÃO PARA SUA CONCLUSÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE. SENTENÇA MANTIDA.

1. O provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos.

2. Conforme exposto, mesmo após o cumprimento da liminar o despacho aduaneiro foi novamente interrompido, em 16/01/2020, sob a justificativa de que se faz necessário aguardar o deslinde do presente feito para a sua conclusão. Ora, como bem assentou o r. Juízo de piso, tal interrupção, sem novas exigências fiscais, bem como considerando o decurso do prazo previsto no art. 4º do Decreto 70.235/72, constitui mora administrativa superveniente em relação à conclusão do despacho aduaneiro, ato consectário da finalização da análise técnica levada a efeito por ocasião da conferência aduaneira.

3. A adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na sentença recorrida - técnica de julgamento per relationem -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores, mesmo porque não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF/88, segundo o qual "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)". Precedentes do STF e STJ.

4. Remessa Oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002421-47.2015.4.03.6133

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: LIGIA CARLA MILITAO DE OLIVEIRA MORANGONI - SP270022-N

APELADO: ROSA DUARTE LOBO

Advogado do(a) APELADO: PAULO CESAR COSTA - SP318096

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002421-47.2015.4.03.6133

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: LIGIA CARLA MILITAO DE OLIVEIRA MORANGONI - SP270022-N

APELADO: ROSA DUARTE LOBO

Advogado do(a) APELADO: PAULO CESAR COSTA - SP318096

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por Rosa Duarte Lobo em face de ato praticado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando fosse determinado ao impetrado a cessação dos descontos das parcelas, a título de repetição de indébito, do benefício previdenciário NB 106888514-6, em nome da impetrante, por irrepetibilidade e, ao fim, a concessão da segurança, naqueles termos. Apresentou documentos (fs. 13 a 35).

Postergada a apreciação do pedido para após a prestação de informações (fs. 39).

Prestação de informações pela autoridade impetrada (fs. 52 a 124).

Na sentença (fs. 126 a 128), o MM Juízo a quo assinalou que, “*não havendo comprovação de má-fé por parte da requerente e constatando-se que o benefício do qual havia o desconto foi cessado com o óbito de seu titular e o INSS não procedeu à cessação da pensão alimentícia, não há que se falar em devolução ao erário da quantia de R\$ 8.395,72 (oito mil trezentos e noventa e cinco reais e setenta e dois centavos). Somente não se manda o INSS devolver o quanto já debitado por força da restrição procedimental do mandado de segurança que não pode ensejar uma condenação a um pagamento (súmula 269 do STF). Do contrário, seria o caso de impor a devolução do quanto indevidamente decotado. Por todo o exposto, no mérito, JULGO PROCEDENTE a pretensão formulada por ROSA DUARTE LOBO em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS qualificado nos autos e, por conseguinte, CONCEDO A SEGURANÇA (art. 269, I, CPC) para assegurar que não sejam efetuados descontos no benefício 42/106.888.514-6 de titularidade da impetrante, deferindo liminar nesse sentido, devendo ser oficiado o INSS para que cumpra imediatamente a ordem judicial*”. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105/STJ; à Remessa Oficial.

O INSS, em suas razões de Apelação (fs. 140 a 154), requereu a reforma da sentença, argumentando ser obrigatória a devolução, ainda que percebidos os valores de boa fé.

Sem contrarrazões.

Em sua manifestação (fs. 159 e 160), o Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

No caso em tela, não há que se falar na reforma da sentença, proferida nos seguintes termos:

"(...)

Pretende a impetrante a concessão da ordem para cessar os descontos efetuados em seu benefício de Aposentadoria NB 42/106.888.514-6.

Pela documentação aventada aos autos, a parte autora foi casada com José João dos Santos, com o qual teve cinco filhos. Nos termos do acordo de Divórcio Consensual (fls. 27/31), devidamente homologado (fl. 32), seria descontado do benefício 18664927/31 o equivalente a 1/3 referente à pensão alimentícia a ser paga para o filho Daniel Batista dos Santos, por ser o mesmo inválido.

Em procedimento de revisão de benefício o impetrado averiguou que houve a manutenção indevida do benefício de pensão alimentícia (001.461.097-3) após o óbito de seu instituidor e da cessação do benefício (060.431.167-2). Por tal motivo notificou a impetrada para apresentar defesa, o qual não fez e posteriormente a pagar o valor à vista ou com desconto em seu benefício de aposentadoria.

Contudo, não é possível o desconto no benefício que autora recebe, das parcelas que teria recebido a título de pensão alimentícia após o óbito do instituidor, pois como se vê do documento de fl. 92 o benefício 060.431.167-2, percebido por JOSÉ JOÃO DOS SANTOS, foi cessado em 09.02.2007, motivo óbito.

Assim, caberia à Autarquia Previdenciária promover o cancelamento da pensão alimentícia, não podendo, assim, a impetrante ser punida pela desídia da impetrada.

Note-se, ainda, que o desconto de 30% é muito menor do que o valor integral a que faria jus a autora ou seu filho, de forma que seria plenamente viável a compensação e pagamento do excedente ao(s) pensionista(s). Ou seja, em última análise, o que se quer dizer é que autora e/ou filho seriam, na verdade, credores do INSS, tendo valores a receber.

Ademais, não restou comprovado nos autos, que os valores foram recebidos em decorrência de má-fé, não gerando portanto direito ao INSS de reaver tais valores.

[...]

Não havendo comprovação de má-fé por parte da requerente e constatando-se que o benefício do qual havia o desconto foi cessado com o óbito de seu titular e o INSS não procedeu à cessação da pensão alimentícia, não há que se falar em devolução ao erário da quantia de R\$ 8.395,72 (oito mil trezentos e noventa e cinco reais e dois centavos).

Somente não se manda o INSS devolver o quanto já debitado por força da restrição procedimental do mandado de segurança que não pode ensejar uma condenação a um pagamento (súmula 269 do STF). Do contrário, seria o caso de impor a devolução do quanto indevidamente decotado.

Por todo o exposto, no mérito, JULGO PROCEDENTE a pretensão formulada por ROSA DUARTE LOBO em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS qualificado nos autos e, por conseguinte, CONCEDO A SEGURANÇA (art. 269, I, CPC) para assegurar que não sejam efetuados descontos no benefício 42/106.888.514-6 de titularidade da impetrante, deferindo liminar nesse sentido, devendo ser oficiado o INSS para que cumpra imediatamente a ordem judicial.

"(...)"

Conforme se extrai da transcrição supra, o provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos.

Por outro lado, o recurso apresentado pela apelante nada trouxe de novo que pudesse infirmar o quanto decidido, motivo pelo qual de rigor a manutenção da sentença, por seus próprios fundamentos.

Registre-se, por oportuno, que a adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na sentença recorrida - técnica de julgamento "per relationem" -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores, mesmo porque não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF/88, segundo o qual "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)". Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE - INOCORRÊNCIA DE CONSUMAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA PRESCRIÇÃO PENAL - INCORPORAÇÃO, AO ACÓRDÃO, DAS RAZÕES EXPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" - LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO - DEVOLUÇÃO IMEDIATA DOS AUTOS, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO, PARA EFEITO DE PRONTA EXECUÇÃO DA DECISÃO EMANADA DA JUSTIÇA LOCAL - POSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

(...)

- *Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação "per relationem", que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes." (destaquei)*

(STF, AI 825520 AgR-ED, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 31/05/2011, DJe 09/09/2011)

"AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM POSSIBILIDADE.

1. *Consoante o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em nulidade por ausência de fundamentação ou por negativa de prestação jurisdicional a decisão que se utiliza da fundamentação per relationem. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83/STJ.*

2. *Não se admite o recurso especial quando a questão federal nele suscitada não foi enfrentada no acórdão recorrido. Incidem as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal (STF).*

3. Agravo interno a que se nega provimento." (destaquei)

(STJ, AgInt no AREsp 1322638/DF, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, j. 11/12/2018, DJe 18/12/2018)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DENUNCIACÃO CALUNIOSA. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL COMPROVADA NO AGRAVO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO. TIPICIDADE. DOLO. NECESSIDADE DE INCURSÃO VERTICAL NA ANÁLISE DAS PROVAS. SÚMULA 7. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há cogitar nulidade do acórdão por ausência de fundamentação ou ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal 1988, se o órgão julgador na origem, ao apreciar a apelação, se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (APn n. 536/BA, Corte Especial, DJe 4/4/2013).

(...)

5. Agravo regimental não provido." (destaquei)

(STJ, AgRg no REsp 1482998/MT, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 13/11/2018, DJe 03/12/2018)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO. VALIDADE. DIREITO AMBIENTAL. ART. 10 DA LEI N. 6.938/81. COMPETÊNCIA PARA LICENCIAMENTO. PODER FISCALIZATÓRIO. IBAMA. POSSIBILIDADE. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DIREITO ADQUIRIDO. FATO CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL. AUSÊNCIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. INCOMUNICABILIDADE DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

(...)

IV - O Supremo Tribunal Federal chancelou a técnica da motivação per relationem, por entender que se reveste de plena legitimidade jurídico-constitucional e se mostra compatível com o que dispõe o artigo 93, IX, da Constituição Federal. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte à anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes.

(...)

XII - Agravo Interno improvido." (destaquei)

(AgInt no REsp 1283547/SC, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, j. 23/10/2018, DJe 31/10/2018)

Face ao exposto, nego provimento à Remessa Oficial e à Apelação, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. VALORES INDEVIDAMENTE PERCEBIDOS. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. BOA FÉ. IRREPETIBILIDADE.

1. O provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos.

2. Conforme exposto em sentença, "não havendo comprovação de má-fé por parte da requerente e constatando-se que o benefício do qual havia o desconto foi cessado com o óbito de seu titular e o INSS não procedeu à cessação da pensão alimentícia, não há que se falar em devolução ao erário da quantia de R\$ 8.395,72 (oito mil trezentos e noventa e cinco reais e setenta e dois centavos). Somente não se manda o INSS devolver o quanto já debitado por força da restrição procedimental do mandado de segurança que não pode ensejar uma condenação a um pagamento (súmula 269 do STF). Do contrário, seria o caso de impor a devolução do quanto indevidamente decotado. Por todo o exposto, no mérito, JULGO PROCEDENTE a pretensão formulada por ROSA DUARTE LOBO em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS qualificado nos autos e, por conseguinte, CONCEDO A SEGURANÇA (art. 269, I, CPC) para assegurar que não sejam efetuados descontos no benefício 42/106.888.514-6 de titularidade da impetrante, deferindo liminar nesse sentido, devendo ser oficiado o INSS para que cumpra imediatamente a ordem judicial". Destarte, de rigor a manutenção do julgado.

3. A adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na sentença recorrida - técnica de julgamento "per relationem" -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores, mesmo porque não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF/88, segundo o qual "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)". Precedentes do STF e STJ.

4. Remessa Oficial improvida.

5. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à Remessa Oficial e à Apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5017140-09.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: IVANISE DA COSTA EUSTAQUIO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CRISTIANE QUEIROZ FERNANDES MACEDO - SP128529-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5017140-09.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: IVANISE DA COSTA EUSTAQUIO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CRISTIANE QUEIROZ FERNANDES MACEDO - SP128529-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por IVANISE DA COSTA EUSTÁQUIO, contra ato praticado pelo Superintendente Regional Sudeste do INSS em São Paulo, objetivando que a autoridade impetrada analise e conclua o pedido administrativo nº 2784589.

A liminar foi concedida.

Notificada, a autoridade impetrada não prestou informações.

Por meio da sentença (ID 124106133), o MM. Juiz *a quo* **confirmou a liminar de ferida** e concedeu a segurança, para determinar à autoridade impetrada que analise e conclua o requerimento para o benefício assistencial ao idoso nº 2784589, no prazo de 30 dias. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer (ID 136918195), opinou pelo desprovemento da remessa oficial.

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5017140-09.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: IVANISE DA COSTA EUSTAQUIO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CRISTIANE QUEIROZ FERNANDES MACEDO - SP128529-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que o Órgão Especial desta E. Corte se manifestou no sentido de que cabe à Segunda Seção deste Tribunal o julgamento de mandado de segurança contra omissão de agente do INSS relativa à análise de pedido administrativo de aposentadoria. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA. ANDAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMORA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. O pedido do writ, demanda originária, busca sanar, tão-somente, a demora administrativa no julgamento do pedido formulado pelo impetrante (pedido administrativo de aposentadoria).

2. *Compete às Turmas integrantes da Segunda Seção o processamento do mandamus. Precedente: TRF3, Órgão Especial, CC - 0014775-39.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2017.*

3. *Conflito improcedente.*

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21546 - 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 11/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2018)

A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.

Ademais, a emenda Constitucional 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A fim de concretizar o princípio da eficiência e racionalizar a atividade administrativa, foram editadas leis que prescrevem prazos para conclusão de processos administrativos.

Dispõem artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal):

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em 30 (trinta) dias.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784 /99. VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO. ART. 5º, INCISO LV, DA CF/88. SENTENÇA MANTIDA.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado por Futurama Ribeirão Preto Com/ Imp/ e Exp/ Ltda com o objetivo de obter vistas para a extração de cópias dos processos administrativos mencionados na peça inicial. Argumenta a impetrante que protocolou os requerimentos de vista e cópia dos P.A. em 23/11/2011 e até a impetração do writ (09/01/2012) não foram analisados.

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo, 48, 49 e 24) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Além de não ter sido oferecida resposta ao requerimento da autora/impetrante em tempo razoável, houve afronta ao direito do administrado à ciência quanto ao trâmite do feito administrativo a ele concernente, como consignado pelo MPF nos termos previstos expressamente no artigo 3º, inciso II, da citada Lei n.º 9.784/99.

- O regramento destacado encontra supedâneo no disposto pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que consagra o direito ao contraditório, como corretamente assinalado pelo Juízo singular.

- Remessa oficial a que se nega provimento. "(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 338433 - 0000052-87.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 07/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/07/2017)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784 /99. SENTENÇA MANTIDA.

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo 39, § 1º) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Dessa forma, apresentado o recurso administrativo em 31/05/2010, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal e que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, bem como o elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, proferisse decisão quanto ao recurso administrativo interposto. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja respondido.

- Remessa oficial a que se nega provimento. "(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 338291 - 0005543-31.2011.4.03.6126, Rel. JUIZ CONVOCADO SIDMAR MARTINS, julgado em 17/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2016)

"PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB - CONSULTA ADMINISTRATIVA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB - LEGITIMIDADE - PEDIDO SEM RESPOSTA - VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - O impetrante protocolou consulta junto à E. Comissão de Ética e Disciplina da 22ª Subseção da OAB/SP objetivando esclarecer situação de seu interesse no tocante à possibilidade de utilização de peças de procedimentos administrativos instaurados contra si para instruir reclamações a serem propostas contra magistrados, não obtendo qualquer resposta. Correta, assim, a interposição da ação constitucional contra o Presidente do Tribunal de Ética, o qual tem competência para corrigir o ato impugnado. II - A Ordem dos Advogados do Brasil desempenha um serviço público (art. 44 da Lei nº 8.906/94) e, nessa qualidade, está obrigada a respeitar em seus procedimentos as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil (art. 68 da Lei nº 8.906/94). O pedido administrativo apresentado pelo impetrante enseja a abertura de um procedimento, o qual está sujeito à incidência de certos princípios, dentre os quais o do devido processo legal, o do impulso oficial e o da efetividade. III - O pedido de consulta apresentado à Comissão de Ética e Disciplina enseja ao impetrante o direito de obter uma resposta, seja ela qual for (CF, artigo 5º, XXXIII). Não se admite que a autoridade silencie, quede-se inerte sobre o pedido devidamente formulado. IV - Violado o direito líquido e certo do impetrante, o mandado de segurança há de ser provido para que seja emitida uma resposta ao pedido, no prazo razoável de 30 (trinta) dias. V - Apelação provida."(AMS 00098705020094036106, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/08/2012..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE INSCRIÇÃO NA OAB. INSTALAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANÁLISE DE IDONEIDADE MORAL. IMPETRANTE QUE RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LEI Nº 9.784/99. PRAZO. DECISÃO PENDENTE. MORA ADMINISTRATIVA. 1. Prevê a Constituição Federal no inciso LXXVIII do artigo 5º que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. 2. No mesmo sentido, dispõe os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, tendo a Administração o dever de emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Dispõe, ainda, que concluída a instrução do processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 3. No caso dos autos, verifica-se da documentação juntada com a inicial que a fase de instrução do Procedimento Administrativo Disciplinar NOX-277.010, foi concluída em 25/09/2012, encontrando-se o feito pendente de julgamento após a apresentação das razões finais pelo impetrante em 03/10/2012. 4. Pela análise dos documentos juntados aos autos, verifica-se que o prazo estipulado no artigo 49 da Lei nº 9.784/99 já foi ultrapassado há bastante tempo restando configurada a existência de mora administrativa quanto ao julgamento do pedido de inscrição do impetrante perante os quadros da OAB. 5. Diante do escoamento do prazo fixado em lei, é fundamental que seja proferida decisão, independentemente do reconhecimento ou não da pretensão do impetrante. 6. A fim de evitar que os procedimentos se eternizem, em regra estipula-se um prazo para que as eventuais pendências em processos ou procedimentos sejam cumpridas, não podendo ficar o impetrante sem solução para o seu requerimento. 7. Se o impetrante deixou de providenciar informações que fossem do seu interesse, pode a OAB decidir com base no que já consta dos autos do procedimento administrativo. 8. Remessa oficial e apelação desprovidas."(AMS 00080212220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seu pedido.

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.
5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009614-88.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: VESTAS DO BRASIL ENERGIA EOLICA LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: FABIO PERRELLI PECANHA - SP220278-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009614-88.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: VESTAS DO BRASIL ENERGIA EOLICA LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: FABIO PERRELLI PECANHA - SP220278-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por VESTAS DO BRASIL ENERGIA EOLICA LTDA., em face de ato praticado pelo CHEFE DA DIVISÃO DE ORIENTAÇÃO E ANÁLISE TRIBUTÁRIA DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO e outros, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade impetrada, a conclusão dos pedidos de restituição dos créditos já reconhecidos administrativamente.

Relata o impetrante, que após análise acerca dos processos administrativos pendentes, foi deferido parcialmente o crédito, no montante de R\$ 63.921.721,79. Todavia, tais valores ainda não foram restituídos.

Análise do pedido liminar postergada para após a vinda das informações (ID 90360404).

Informações prestadas pelo impetrado, demonstrando que as ordens bancárias foram emitidas e o pagamento dos valores discutidos, efetivado (ID 90360416/90360418/90360482).

O Ministério Público Federal na primeira instância, manifestou-se pelo prosseguimento do feito (ID 90360430).

Instada a se manifestar, a impetrante requereu a prolação de sentença com resolução do mérito, por questões de segurança jurídica (ID 90360486).

Por meio da sentença, o MM. Juiz *a quo* extinguiu o feito com julgamento de mérito, nos termos do artigo 487, inciso III, alínea "a" do Novo Código de Processo Civil, para determinar que a autoridade impetrada conclua os pedidos de restituição, efetuando o pagamento dos créditos reconhecidos, o que já foi realizado, de acordo com a documentação acostada aos autos. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário (ID90360487).

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer, opinou pelo regular prosseguimento do feito (ID 108579033).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009614-88.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: VESTAS DO BRASIL ENERGIA EOLICA LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: FABIO PERRELLI PECANHA - SP220278-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.

A Emenda Constitucional 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A fim de concretizar o princípio da eficiência e racionalizar a atividade administrativa, foram editadas leis que prescrevem prazos para conclusão de processos administrativos.

Dispõem artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal):

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência."

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em 30 (trinta) dias.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784/99. VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO. ART. 5º. INCISO LV, DA CF/88. SENTENÇA MANTIDA."

- Trata-se de mandado de segurança impetrado por Futurama Ribeirão Preto Com/ Imp/ e Exp/ Ltda com o objetivo de obter vistas para a extração de cópias dos processos administrativos mencionados na peça inicial. Argumenta a impetrante que protocolou os requerimentos de vista e cópia dos P.A. em 23/11/2011 e até a impetração do writ (09/01/2012) não foram analisados.

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo, 48, 49 e 24) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Além de não ter sido oferecida resposta ao requerimento da autora/impetrante em tempo razoável, houve afronta ao direito do administrado à ciência quanto ao trâmite do feito administrativo a ele concernente, como consignado pelo MPF nos termos previstos expressamente no artigo 3º, inciso II, da citada Lei n.º 9.784/99.

- O regramento destacado encontra supedâneo no disposto pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que consagra o direito ao contraditório, como corretamente assinalado pelo Juízo singular.

- Remessa oficial a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 338433 - 0000052-87.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 07/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/07/2017)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA."

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo 59, § 1º) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Dessa forma, apresentado o recurso administrativo em 31/05/2010, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal e que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, bem como o elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, proferisse decisão quanto ao recurso administrativo interposto. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja respondido.

- Remessa oficial a que se nega provimento. "(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 338291 - 0005543-31.2011.4.03.6126, Rel. JUIZ CONVOCADO SIDMAR MARTINS, julgado em 17/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2016)

"PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB - CONSULTA ADMINISTRATIVA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB - LEGITIMIDADE - PEDIDO SEM RESPOSTA - VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - O impetrante protocolou consulta junto à E. Comissão de Ética e Disciplina da 22ª Subseção da OAB/SP objetivando esclarecer situação de seu interesse no tocante à possibilidade de utilização de peças de procedimentos administrativos instaurados contra si para instruir reclamações a serem propostas contra magistrados, não obtendo qualquer resposta. Correta, assim, a interposição da ação constitucional contra o Presidente do Tribunal de Ética, o qual tem competência para corrigir o ato impugnado. II - A Ordem dos Advogados do Brasil desempenha um serviço público (art. 44 da Lei nº 8.906/94) e, nessa qualidade, está obrigada a respeitar em seus procedimentos as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil (art. 68 da Lei nº 8.906/94). O pedido administrativo apresentado pelo impetrante enseja a abertura de um procedimento, o qual está sujeito à incidência de certos princípios, dentre os quais o do devido processo legal, o do impulso oficial e o da efetividade. III - O pedido de consulta apresentado à Comissão de Ética e Disciplina enseja ao impetrante o direito de obter uma resposta, seja ela qual for (CF, artigo 5º, XXXIII). Não se admite que a autoridade silencie, quede-se inerte sobre o pedido devidamente formulado. IV - Violado o direito líquido e certo do impetrante, o mandado de segurança há de ser provido para que seja emitida uma resposta ao pedido, no prazo razoável de 30 (trinta) dias. V - Apelação provida."(AMS 00098705020094036106, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/08/2012..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE INSCRIÇÃO NA OAB. INSTALAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANÁLISE DE IDONEIDADE MORAL. IMPETRANTE QUE RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LEI Nº 9.784/99. PRAZO. DECISÃO PENDENTE. MORA ADMINISTRATIVA. 1. Prevê a Constituição Federal no inciso LXXVIII do artigo 5º que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. 2. No mesmo sentido, dispõe os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, tendo a Administração o dever de emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Dispõe, ainda, que concluída a instrução do processo administrativo, a Administração tem prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 3. No caso dos autos, verifica-se da documentação juntada com a inicial que a fase de instrução do Procedimento Administrativo Disciplinar NOX-277.010, foi concluída em 25/09/2012, encontrando-se o feito pendente de julgamento após a apresentação das razões finais pelo impetrante em 03/10/2012. 4. Pela análise dos documentos juntados aos autos, verifica-se que o prazo estipulado no artigo 49 da Lei nº 9.784/99 já foi ultrapassado há bastante tempo restando configurada a existência de mora administrativa quanto ao julgamento do pedido de inscrição do impetrante perante os quadros da OAB. 5. Diante do escoamento do prazo fixado em lei, é fundamental que seja proferida decisão, independentemente do reconhecimento ou não da pretensão do impetrante. 6. A fim de evitar que os procedimentos se eternizem, em regra estipula-se um prazo para que as eventuais pendências em processos ou procedimentos sejam cumpridas, não podendo ficar o impetrante sem solução para o seu requerimento. 7. Se o impetrante deixou de providenciar informações que fossem do seu interesse, pode a OAB decidir com base no que já consta dos autos do procedimento administrativo. 8. Remessa oficial e apelação desprovidas."(AMS 00080212220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer ao princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seu pedido.

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO DE CRÉDITOS. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999. REMESSA IMPROVIDA.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer ao princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.
5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004900-89.2018.4.03.6110

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: CERAMICA PRIMAVERALTD - ME

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ HENRIQUE HIGASHI - SP344288-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004900-89.2018.4.03.6110

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: CERAMICA PRIMAVERA LTDA - ME

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ HENRIQUE HIGASHI - SP344288-A, FELIPE VILELA FREITAS - SP344006-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Cerâmica Primavera Ltda. – ME em face de ato praticado pelo Delegado da Receita Federal em Sorocaba, objetivando afastar o ato que culminou na rescisão do parcelamento ou que seja determinado seu restabelecido.

Alega a impetrante que tem por objeto social a compra e venda de imóveis, loteamento de terrenos e administração de imóveis próprios, conforme se extrai de seu contrato social; e que aderiu ao parcelamento especial – PAES instituído pela Lei nº 10.684/2003, em julho de 2003 e que recolhendo as parcelas ao longo desses 15 (quinze) anos.

Sustenta que, em 30 de junho de 2018, recebeu o comunicado SECAT/DRF-SOR nº 679/2018, fundamentado no disposto no artigo 3º da Portaria Conjunta SRF/PGFN nº 3/2004, determinando a quitação integral do débito à vista, no importe de R\$ 31.983,39, sob pena de rescisão do parcelamento, com a consequente perda de todos os benefícios/descontos obtidos com o programa.

Aduz que a legislação de regência estabeleceu regime próprio para as microempresas, empresas de pequeno porte e empresas optantes do SIMPLES, sendo que, neste caso, as parcelas poderiam ser calculadas de duas formas alternativas, prevalecendo a que fosse menor, isto é: mediante a divisão do valor total do débito por 180 (cento e oitenta), correspondendo a parcela a um cento e oitenta avos do valor do débito; ou mediante a apuração de 0,3% da receita bruta mensal.

Afirma que na hipótese de prevalecer o critério de recolhimento pelo valor da receita bruta, necessariamente o prazo será maior do que 180 meses, por imperativo lógico.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou improcedente a ação, denegando a segurança, resolvendo o mérito com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Sem condenação em honorários a teor do artigo 25 da Lei nº 12.016/09 (ID 130642877).

Apela a impetrante, requerendo a reforma da r. sentença, alegando que encontra-se em plena atividade compatível com seu objeto social e que entrega regularmente suas declarações à Receita Federal, a partir das quais se constata inclusive o pagamento de pró-labore aos sócios, razão pela qual não se pode “presumir a inatividade” da impetrante, bem como vem honrando com o pagamento das parcelas durante 15 (quinze) anos, reforçando que a empresa não se encontra inativa (ID130643186).

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo não provimento do recurso (ID 132364307).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004900-89.2018.4.03.6110

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: CERAMICA PRIMAVERA LTDA - ME

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ HENRIQUE HIGASHI - SP344288-A, FELIPE VILELA FREITAS - SP344006-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, tendo em vista o julgamento do recurso de apelação, resta prejudicado o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal requerida.

Trata-se de apelação interposta de sentença denegatória em mandado de segurança, impetrado para garantir a permanência da empresa impetrante no parcelamento PAES, bem como a alocação das parcelas recolhidas após junho de 2018.

A recorrente, em julho de 2018, foi comunicada pela Receita Federal de que deveria quitar, à vista, todo o saldo devedor da dívida (R\$ 31.983,39), sob pena de rescisão do parcelamento, com a consequente perda de todos os benefícios/descontos obtidos como programa. A exigência teve amparo no art. 4º da Portaria Conjunta nº 03/04, que determina a necessidade de quitação integral do parcelamento no prazo máximo de 180 meses.

Pois bem. O art. 1º, § 4º, da Lei nº 10.684/03 determina que, para as empresas optantes pelo SIMPLES, o valor mensal da parcela será de 1/180 do valor da dívida ou de 0,3% da receita bruta mensal, o que for menor:

§4º Relativamente às pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES e às microempresas e empresas de pequeno porte, enquadradas no disposto no art. 2º da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, o valor da parcela mínima mensal corresponderá a um cento e oitenta avos do total do débito ou a três décimos por cento da receita bruta auferida no mês imediatamente anterior ao do vencimento da parcela, o que for menor, não podendo ser inferior a:

I – cem reais, se enquadrada na condição de microempresa;

II – duzentos reais, se enquadrada na condição de empresa de pequeno porte.

O C. Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão envolvendo o PAES, mais especificamente acerca da aplicação jurídica do §4º, do artigo 1º da Lei nº 10.684/03.

Com efeito, segundo a "tese da ausência de receita bruta", as empresas inativas, por não possuírem receita bruta, não podem gozar do artigo 1º, § 4º, da Lei n. 10.684/2003 que lhes possibilita o cálculo da parcela em percentual sobre a receita bruta e sem o limite de 180 meses, devendo a parcela mínima corresponder a um cento e oitenta avos (1/180) do total do débito consolidado, conforme os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 1.321.865/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 26/06/2012; e REsp nº 1.376.744 - PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/02/2014.

Na espécie, os pagamentos realizados pela apelante durante o longo período de 180 meses ficaram distantes de gerar a quitação de parte substancial da dívida, restando demonstrada a ineficácia do parcelamento como forma de quitação do débito, considerando-se o valor do débito e o valor das prestações efetivamente pagas - valor consolidado em 15.07.2003: R\$ 51.641,23 - havendo pagamentos efetuados pela apelante durante 180 meses no valor de R\$ 36.816,70; restando, ainda, um saldo devedor em 17/10/2018 de R\$ 30.408,28.

Ainda que a recorrente esteja efetuando o pagamento regular das parcelas, encontra-se hoje devedora de quantia quase o equivalente na própria data da adesão ao parcelamento.

É bem de ver que, nos termos do art. 155-A do CTN, o parcelamento deve ser concedido conforme as condições estabelecidas em lei específica e não tendo a apelante preenchimento seus requisitos a sua exclusão encontra-se dentro da legalidade.

O C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual é possível a exclusão de programa de parcelamento fiscal se constatada pela autoridade tributária a ineficácia do valor pago mensalmente pelo contribuinte em relação ao total consolidado da dívida. Confirmam-se julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS. EXCLUSÃO. LEI N. 9.964/00. APLICAÇÃO. INEFICÁCIA DO PARCELAMENTO PARA A QUITAÇÃO DO DÉBITO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é possível a exclusão do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, com fulcro no art. 5º, II, da Lei n. 9.964/00 (inadimplência), se restar demonstrada a ineficácia do parcelamento como forma de quitação do débito, considerando-se o valor do débito e o valor das prestações efetivamente pagas.

III - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

IV - A Agravo não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no AREsp 942390/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe 10/05/2017)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. PARCELAMENTO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS - PAGAMENTOS MENSIS INCAPAZES DE CONDUZIR À QUITAÇÃO DA DÍVIDA - HIPÓTESE EQUIVALENTE À INADIMPLÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Segundo jurisprudência deste STJ, 'é possível a exclusão da contribuinte de programa de parcelamento de débitos tributários, na hipótese em que se constatar que os pagamentos mensais não são capazes de amortizar a dívida, haja vista que tal situação equivale à inadimplência' (REsp 1.238.519/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 28/08/2013).

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1620869/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 02/05/2017)

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. REFIS. TESE DA PARCELA ÍNFIMA. IMPOSSIBILIDADE DE QUITAÇÃO. SITUAÇÃO EQUIPARÁVEL À INADIMPLÊNCIA. LEGALIDADE DA EXCLUSÃO.

1. Segundo jurisprudência consolidada do STJ, o pagamento de parcela ínfima, insuficiente para a quitação do parcelamento tributário, configura situação equiparável à inadimplência para efeito de legitimar a exclusão do contribuinte do programa

2. Agravo Interno não provido."

(AgInt nos EDcl no REsp 1600744/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 18/04/2017)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS TIDOS POR VIOLADOS. SÚMULA 284/STF. PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL. PARCELAS DE VALOR IRRISÓRIO. EXCLUSÃO DO PROGRAMA. CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. "Admite-se receber embargos declaratórios, opostos à decisão monocrática do relator, como agravo regimental, em atenção aos princípios da economia processual e da fungibilidade recursal" (EDcl nos REsp 1.175.699/RS, Corte Especial, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 6/2/12). 2. É necessário, para fins de admissão do recurso especial fundado na alínea a do permissivo constitucional, a especificação do artigo infringido. 3. 4. Agravo regimental não provido. (grifos não originais)

(EDARESP 277519, 1ª Turma, STJ, de 21/03/13, Rel. Min. Arnaldo Esteves)

Desse modo, estando a recorrente efetuando pagamento irrisório, com desvirtuamento da finalidade do parcelamento, não amortizando a dívida e tendo seu saldo devedor aumentado mensalmente, resta configurada sua inadimplência para efeitos de exclusão do parcelamento, sob a ótica do princípio da isonomia tributária e da finalidade do parcelamento, consubstanciada na necessidade de amortização da dívida como pagamento de cada parcela.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Sem condenação em honorários advocatícios a teor do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

É como voto.

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. LEI N. 10.684/2003. EMPRESA INATIVA. FINDO O PRAZO DE 180 MESES. REINCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SALDO DEVEDOR QUASE NO MONTANTE DA DÍVIDA INICIAL.

1. A recorrente, em julho de 2018, foi comunicada pela Receita Federal de que deveria quitar, à vista, todo o saldo devedor da dívida (R\$ 31.983,39), sob pena de rescisão do parcelamento, com a consequente perda de todos os benefícios/descontos obtidos com o programa. A exigência teve amparo no art. 4º da Portaria Conjunta nº 03/04, que determina a necessidade de quitação integral do parcelamento no prazo máximo de 180 meses.

2. O C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual é possível a exclusão de programa de parcelamento fiscal se constatada pela autoridade tributária a ineficácia do valor pago mensalmente pelo contribuinte em relação ao total consolidado da dívida.

3. Na espécie, os pagamentos realizados pela apelante durante o longo período de 180 meses ficaram distantes de gerar a quitação de parte substancial da dívida, restando demonstrada a ineficácia do parcelamento como forma de quitação do débito, considerando-se o valor do débito e o valor das prestações efetivamente pagas - valor consolidado em 15.07.2003: R\$ 51.641,23 - havendo pagamentos efetuados pela apelante durante 180 meses no valor de R\$ 36.816,70; restando, ainda, um saldo devedor em 17/10/2018 de R\$ 30.408,28.

4. Ainda que a recorrente esteja efetuando o pagamento regular das parcelas, encontra-se hoje devedora de quantia quase o equivalente na própria data da adesão ao parcelamento.

5. Nos termos do art. 155-A do CTN, o parcelamento deve ser concedido conforme as condições estabelecidas em lei específica e não tendo a apelante preenchimento seus requisitos a sua exclusão encontra-se dentro da legalidade.

6. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA. O Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE acompanha porque o impetrante não demonstrou que tinha receita no período, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002720-96.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ARROW BRASIS/A

Advogado do(a) APELANTE: FLAVIA LORENA PEIXOTO HOLANDA - SP280721-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002720-96.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ARROW BRASIS/A

Advogado do(a) APELANTE: FLAVIA LORENA PEIXOTO HOLANDA - SP280721-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ARROW BRASIL S/A., objetivando o afastar a exigibilidade do recolhimento da Taxa SISCOMEX com base nos valores estipulados na Portaria MF nº 257/2011, devendo ser efetuado nos termos da Lei nº 9716/98, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, bem como o direito à compensação administrativa dos valores pagos indevidamente, nos últimos 5 (cinco) anos anteriores à propositura da presente ação.

Por meio de sentença, o MM Juízo a quo julgou improcedente a ação, denegando a segurança, nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil. Sem condenação em honorários advocatícios a teor da Súmula 105 do STJ.

O impetrante, em suas razões de apelação, sustenta ser inconstitucional a majoração da Taxa SISCOMEX através da Portaria MF nº 257/2011, uma vez que afrontou os próprios parâmetros da Lei 9.716/98 em seu art. 3º, § 2º ao majorar o tributo de forma arbitrária, bem como por afrontar os arts. 145, II e 150, I, da Constituição Federal, devendo essa decisão ser alinhada ao que já é pacificado pelo Supremo Tribunal Federal e consolidado por esse Tribunal, devendo ser reformada a sentença para ver declarado o seu direito de compensação dos valores pagos indevidamente nos últimos 05 anos anteriores à propositura da ação.

A União apresentou as contrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela não procedência do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002720-96.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ARROW BRASIS/A

Advogado do(a) APELANTE: FLAVIA LORENA PEIXOTO HOLANDA - SP280721-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

No caso do SISCOMEX o fato gerador da taxa é a utilização do referido sistema, pois, ao utilizá-lo, o importador provoca a realização do poder de polícia por parte da Secretaria de Comércio Exterior, Secretaria da Receita Federal e Banco Central do Brasil (BACEN).

Assim, o contribuinte é o importador, a base de cálculo é a própria declaração de importação e o produto da arrecadação destinado ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF.

Desse modo, denota-se que a exação em comento preenche os requisitos caracterizadores da taxa, decorrente do poder de polícia, inexistindo qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade em sua instituição.

No entanto, há controvérsia sobre legalidade e a constitucionalidade da majoração da taxa de utilização do SISCOMEX, conforme a Portaria MF nº 257/11, com fulcro no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98, decorrente de delegação ao Ministro da Fazenda e da possibilidade de reajuste dos valores da taxa previstos na Lei nº 9.716/98, de acordo com a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico.

Sobre o tema, o E. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da delegação de competência tributária, visto que a Lei nº 9.716/98 não fixou parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, confira-se:

"Agravamento regimental no recurso extraordinário. taxa SISCOMEX. Majoração. Portaria. Delegação. Artigo 3º, § 2º, Lei nº 9.716/98. Ausência de balizas mínimas definidas em lei. Princípio da Legalidade. Violação. Atualização. Índices oficiais. Possibilidade.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acompanhado um movimento de maior flexibilização do Princípio da Legalidade em matéria de delegação legislativa, desde que o legislador estabeleça o desenho mínimo que evite o arbítrio.

2. Diante dos parâmetros já traçados na jurisprudência da Corte, a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal.

3. Esse entendimento não conduz à invalidade da taxa SISCOMEX, tampouco impede que o Poder Executivo atualize os valores previamente fixados na lei, de acordo com os índices oficiais, conforme amplamente aceito na jurisprudência da Corte.

4. Agravo regimental não provido.

5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais."

(RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REITERAÇÃO DA TESE DO RECURSO INADMITIDO. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO POR PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - É inconstitucional a majoração da taxa de utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, por meio de portaria do Ministério da Fazenda. Precedentes.

III - Agravo regimental a que se nega provimento.

Dessa forma, deve ser afastado o recolhimento da Taxa de Utilização do Siscomex na forma majorada pela Portaria nº 257/2011, face sua ilegalidade, visto que o art. 3º, §2º da Lei nº 9.716/98 delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infra legal, do reajuste anual da taxa Siscomex sem a fixação de critérios mínimos para tal.

Por outro lado, a jurisprudência do STF é no sentido de permitir que o Poder Executivo atualize os valores fixados em lei em percentual não superior aos índices oficiais de correção monetária e a manutenção da majoração até o limite da variação do INPC no período (RE 1095001 e RE 1111866).

Nos termos em que explicitado no RE 1.111.866, a variação da inflação medida pelo INPC no período de 01 de janeiro de 1999 a 30 de abril de 2001 foi de 131,60%, e este deve ser o índice de reajuste a ser aplicado.

Dessa forma, enquanto não sobrevier novo ato Executivo fixando os novos valores da taxa Siscomex, é possível apenas sua correção pelo índice oficial da inflação (ficando restrita a legalidade à exigência do reajuste de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011).

Na hipótese, deve ser declarada a ilegalidade do reajuste da Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX promovido pela Portaria MF nº 257/2011 na parte em que excedeu o índice oficial da inflação (ficando restrita a legalidade à exigência do reajuste de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011).

Os créditos ficam sujeitos à atualização pela taxa SELIC a partir do mês seguinte ao do pagamento indevido (art. 39, §4º, da Lei 9.250/95 c/c o art. 73 da Lei 9.532/97).

A correção do indébito deve ser aquela estabelecida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

A ação foi proposta após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Assim, mister a reforma da r. sentença para declarar a ilegalidade do reajuste da Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX promovido pela Portaria MF nº 257/2011, na parte em que excedeu o índice oficial da inflação, bem como para reconhecer o direito da impetrante à compensação, após o trânsito em julgado (CTN, art. 170-A), do indébito recolhido nos últimos cinco anos contados da impetração deste *mandamus*, com parcelas de outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal (artigo 74 e parágrafos, da Lei nº 9.430/96), corrigidos monetariamente, nos termos acima elencados.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para declarar a ilegalidade do reajuste da Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX promovido pela Portaria MF nº 257/2011, na parte em que excedeu o índice oficial da inflação, bem como para reconhecer o direito da impetrante à compensação, nos termos da fundamentação.

Sem condenação em honorários advocatícios a teor do art. 25, da Lei nº 12.016/2009.

É como voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO PORTARIA MF 257/11. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN.

1. A exação em comento preenche os requisitos caracterizadores da taxa, decorrente do poder de polícia, inexistindo qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade em sua instituição.
2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da delegação de competência tributária, nos termos do artigo 3º, § 2º, da Lei Federal nº. 9.716/98, materializada na edição da portaria MF nº 257/11.
3. Por outro lado, a jurisprudência do STF é no sentido de permitir que o Poder Executivo atualize os valores fixados em lei em percentual não superior aos índices oficiais de correção monetária e a manutenção da majoração até o limite da variação do INPC no período (RE 1095001 e RE 1111866).
4. Afastado o recolhimento da Taxa de Utilização do Siscomex na forma majorada pela Portaria nº 257/2011, face sua ilegalidade, autorizando a impetrante a recolher a referida taxa de acordo com os valores elencados na Lei nº 9.716/98, corrigidos pelos índices oficiais, bem como reconhecer o direito à compensação dos valores recolhidos a maior.
5. Apelação da impetrante parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008340-74.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: MARCIO ROGERIO BONINI

Advogado do(a) PARTE AUTORA: NATALIA GOMES LOPES TORNEIRO - SP258808-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008340-74.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: MARCIO ROGERIO BONINI

Advogado do(a) PARTE AUTORA: NATALIA GOMES LOPES TORNEIRO - SP258808-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por MARCIO ROBERTO BONINI, em face de ato do GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM CAMPINAS, objetivando seja a autoridade impetrada compelida a apreciar seu pedido administrativo de benefício previdenciário.

A medida liminar foi deferida.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações.

Por meio da sentença (ID 140587152), o MM. Juiz *quo* concedeu a segurança para assegurar ao impetrante a análise conclusiva de seu requerimento administrativo. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer (ID 141467862), opinou pelo não provimento da remessa oficial.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008340-74.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: MARCIO ROGERIO BONINI

Advogado do(a) PARTE AUTORA: NATALIA GOMES LOPES TORNEIRO - SP258808-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que o Órgão Especial desta E. Corte se manifestou no sentido de que cabe à Segunda Seção deste Tribunal o julgamento de mandado de segurança contra omissão de agente do INSS relativa à análise de pedido administrativo de aposentadoria. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA. ANDAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMORA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. O pedido do writ, demanda originária, busca sanar, tão-somente, a demora administrativa no julgamento do pedido formulado pelo impetrante (pedido administrativo de aposentadoria).

2. Compete às Turmas integrantes da Segunda Seção o processamento do mandamus. Precedente: TRF3, Órgão Especial, CC - 0014775-39.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/05/2017.

3. Conflito improcedente.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21546 - 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 11/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 19/04/2018)

A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.

Ademais, a emenda Constitucional 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A fim de concretizar o princípio da eficiência e racionalizar a atividade administrativa, foram editadas leis que prescrevem prazos para conclusão de processos administrativos.

Dispõem artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal):

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em 30 (trinta) dias.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784/99. VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO. ART. 5º. INCISO LV, DA CF/88. SENTENÇA MANTIDA.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado por Futurama Ribeirão Preto Com/ Imp/ e Exp/ Ltda com o objetivo de obter vistas para a extração de cópias dos processos administrativos mencionados na peça inicial. Argumenta a impetrante que protocolou os requerimentos de vista e cópia dos P.A. em 23/11/2011 e até a impetração do writ (09/01/2012) não foram analisados.

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigos 48, 49 e 24) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Além de não ter sido oferecida resposta ao requerimento da autora/impetrante em tempo razoável, houve afronta ao direito do administrado à ciência quanto ao trâmite do feito administrativo a ele concernente, como consignado pelo MPF nos termos previstos expressamente no artigo 3º, inciso II, da citada Lei n.º 9.784/99.

- O regramento destacado encontra supedâneo no disposto pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que consagra o direito ao contraditório, como corretamente assinalado pelo Juízo singular.

- Remessa oficial a que se nega provimento."(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 338433 - 0000052-87.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 07/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/07/2017)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA.

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo 59, § 1º) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Dessa forma, apresentado o recurso administrativo em 31/05/2010, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal e que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, bem como o elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, proferisse decisão quanto ao recurso administrativo interposto. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja respondido.

- Remessa oficial a que se nega provimento."(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 338291 - 0005543-31.2011.4.03.6126, Rel. JUIZ CONVOCADO SIDMAR MARTINS, julgado em 17/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2016)

"PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB - CONSULTA ADMINISTRATIVA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB - LEGITIMIDADE - PEDIDO SEM RESPOSTA - VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - O impetrante protocolou consulta junto à E. Comissão de Ética e Disciplina da 22ª Subseção da OAB/SP objetivando esclarecer situação de seu interesse no tocante à possibilidade de utilização de peças de procedimentos administrativos instaurados contra si para instruir reclamações a serem propostas contra magistrados, não obtendo qualquer resposta. Correta, assim, a interposição da ação constitucional contra o Presidente do Tribunal de Ética, o qual tem competência para corrigir o ato impugnado. II - A Ordem dos Advogados do Brasil desempenha um serviço público (art. 44 da Lei nº 8.906/94) e, nessa qualidade, está obrigada a respeitar em seus procedimentos as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil (art. 68 da Lei nº 8.906/94). O pedido administrativo apresentado pelo impetrante enseja a abertura de um procedimento, o qual está sujeito à incidência de certos princípios, dentre os quais o do devido processo legal, o do impulso oficial e o da efetividade. III - O pedido de consulta apresentado à Comissão de Ética e Disciplina enseja ao impetrante o direito de obter uma resposta, seja ela qual for (CF, artigo 5º, XXXIII). Não se admite que a autoridade silencie, quede-se inerte sobre o pedido devidamente formulado. IV - Violação do direito líquido e certo do impetrante, o mandado de segurança há de ser provido para que seja emitida uma resposta ao pedido, no prazo razoável de 30 (trinta) dias. V - Apelação provida."(AMS 00098705020094036106, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/08/2012..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE INSCRIÇÃO NA OAB. INSTALAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANÁLISE DE IDONEIDADE MORAL. IMPETRANTE QUE RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LEI N.º 9.784/99. PRAZO. DECISÃO PENDENTE. MORA ADMINISTRATIVA. 1. Prevê a Constituição Federal no inciso LXXVIII do artigo 5º que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. 2. No mesmo sentido, dispõe os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, tendo a Administração o dever de emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Dispõe, ainda, que concluída a instrução do processo administrativo, a Administração tem prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 3. No caso dos autos, verifica-se da documentação juntada com a inicial que a fase de instrução do Procedimento Administrativo Disciplinar NOX-277.010, foi concluída em 25/09/2012, encontrando-se o feito pendente de julgamento após a apresentação das razões finais pelo impetrante em 03/10/2012. 4. Pela análise dos documentos juntados aos autos, verifica-se que o prazo estipulado no artigo 49 da Lei nº 9.784/99 já foi ultrapassado há bastante tempo restando configurada a existência de mora administrativa quanto ao julgamento do pedido de inscrição do impetrante perante os quadros da OAB. 5. Diante do escoamento do prazo fixado em lei, é fundamental que seja proferida decisão, independentemente do reconhecimento ou não da pretensão do impetrante. 6. A fim de evitar que os procedimentos se eternizem, em regra estipula-se um prazo para que as eventuais pendências em processos ou procedimentos sejam cumpridas, não podendo ficar o impetrante sem solução para o seu requerimento. 7. Se o impetrante deixou de providenciar informações que fossem do seu interesse, pode a OAB decidir com base no que já consta dos autos do procedimento administrativo. 8. Remessa oficial e apelação desprovidas."(AMS 00080212220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seu pedido.

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seu pedido.
5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001738-89.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: AS C ASSESSORIA E SERVICOS DE CONFIANÇAS/C LTDA - ME

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LUIS FELIPE DA COSTA CORREA - SP311799-A, WAGNER WELLINGTON RIPPER - SP191933-A, WALTER WILLIAM RIPPER - SP149058-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001738-89.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: AS C ASSESSORIA E SERVICOS DE CONFIANÇAS/C LTDA - ME

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LUIS FELIPE DA COSTA CORREA - SP311799-A, WAGNER WELLINGTON RIPPER - SP191933-A, WALTER WILLIAM RIPPER - SP149058-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **ASC Assessoria e Serviços de Confiança S/C Ltda. – ME** em face de ato do Delegado da Receita Federal do Brasil em Osasco, objetivando obter provimento jurisdicional para afastar a compensação de ofício e a indevida retenção de valores, determinando-se à autoridade impetrada a restituição do montante já reconhecido em favor da Impetrante.

Afirma a impetrante que formalizou diversos pedidos de restituição pelo Serviço de Orientação e Análise Tributária da Receita Federal do Brasil de Osasco, sendo reconhecida, em decisões administrativas, a existência de R\$ 92.343,95 em créditos em seu favor, passíveis de restituição. Entretanto, a autoridade impetrada não autorizou a restituição dos referidos créditos, sob o argumento de que deveriam ser compensados de ofício com os débitos junto à RFB e/ou PGFN, ou, no caso de discordância do contribuinte, ficariam retidos até regularização total das pendências.

Sustenta a ilegitimidade do ato, porquanto os supostos débitos que obstaríam a restituição estariam devidamente parcelados, portanto com a exigibilidade suspensa.

A medida liminar foi deferida (Id 132927799).

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* concedeu em parte a segurança extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC/2015, para afastar a compensação de ofício, bem como a indevida retenção de valores, viabilizando-se, assim, a restituição dos montantes reconhecidos pela RFB, atualizados pela Selic, a contar da data de protocolo de cada pedido de restituição, descontados os créditos que já foram objeto das compensações de ofício e que acarretaram a redução do saldo consolidado no PERT-SN ao qual aderiu a contribuinte. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ, e artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 (Id 132927822 e 132927834).

Sem recursos voluntários, os autos foram encaminhados a esta E. Corte por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo desprovimento da remessa oficial (Id 134212312).

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5001738-89.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: A S C ASSESSORIA E SERVIÇOS DE CONFIANÇAS/C LTDA - ME

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LUIS FELIPE DA COSTA CORREA - SP311799-A, WAGNER WELLINGTON RIPPER - SP191933-A, WALTER WILLIAM RIPPER - SP149058-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de remessa necessária a que está sujeita sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco/SP (ID 132927822) que concedeu parcialmente a ordem pleiteada nos autos do mandado de segurança impetrado por ASC Assessoria e Serviços de Confiança S/C Ltda.-ME em face do Delegado da Receita Federal do Brasil em Osasco, objetivando provimento jurisdicional destinado a afastar a compensação de ofício e a indevida retenção de valores, determinando-se à autoridade impetrada a restituição do montante já reconhecido em favor da Impetrante.

Consoante restou apontado na r. sentença, a questão vertida nos presentes autos cinge-se à possibilidade de compensação de ofício de indébito tributário passível de restituição ao sujeito passivo com débitos tributários com exigibilidade suspensa por força do parcelamento.

O C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido à sistemática do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil (Tema 484), sedimentou entendimento no sentido de ser ilegal a compensação de ofício envolvendo débitos com exigibilidade suspensa, confira-se a ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). ART. 535, DO CPC, AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO PREVISTA NO ART. 73, DA LEI N. 9.430/96 E NO ART. 7º, DO DECRETO-LEI N. 2.287/86. CONCORDÂNCIA TÁCITA E RETENÇÃO DE VALOR A SER RESTITUÍDO OU RESSARCIDO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEGALIDADE DO ART. 6º E PARÁGRAFOS DO DECRETO N. 2.138/97. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO APENAS QUANDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO A SER LIQUIDADO SE ENCONTRAR COM EXIGIBILIDADE SUSPensa (ART. 151, DO CTN).

1. Não macula o art. 535, do CPC, o acórdão da Corte de Origem suficientemente fundamentado.

2. O art. 6º e parágrafos, do Decreto n. 2.138/97, bem como as instruções normativas da Secretaria da Receita Federal que regulamentam a compensação de ofício no âmbito da Administração Tributária Federal (arts. 6º, 8º e 12, da IN SRF 21/1997; art. 24, da IN SRF 210/2002; art. 34, da IN SRF 460/2004; art. 34, da IN SRF 600/2005; e art. 49, da IN SRF 900/2008), extrapolaram o art. 7º, do Decreto-Lei n. 2.287/86, tanto em sua redação original quanto na redação atual dada pelo art. 114, da Lei n. 11.196, de 2005, somente no que diz respeito à imposição da compensação de ofício aos débitos do sujeito passivo que se encontram com exigibilidade suspensa, na forma do art. 151, do CTN (v.g. débitos incluídos no REFIS, PAES, PAEX, etc.). Fora dos casos previstos no art. 151, do CTN, a compensação de ofício é ato vinculado da Fazenda Pública Federal a que deve se submeter o sujeito passivo, inclusive sendo lícitos os procedimentos de concordância tácita e retenção previstos nos §§ 1º e 3º, do art. 6º, do Decreto n. 2.138/97. Precedentes: REsp. Nº 542.938 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 18.08.2005; REsp. Nº 665.953 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5.12.2006; REsp. Nº 1.167.820 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 05.08.2010; REsp. Nº 997.397 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 04.03.2008; REsp. Nº 873.799 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 12.8.2008; REsp. n. 491342 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18.05.2006; REsp. Nº 1.130.680 - RS Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19.10.2010.

3. No caso concreto, trata-se de restituição de valores indevidamente pagos a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ com a imputação de ofício em débitos do mesmo sujeito passivo para os quais não há informação de suspensão na forma do art. 151, do CTN. Impõe-se a obediência ao art. 6º e parágrafos do Decreto n. 2.138/97 e normativos próprios.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008."

(REsp 1213082/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 18/08/2011)

Assim, diante da consolidada jurisprudência de que a compensação de ofício é indevida quando da existência de débitos com a exigibilidade suspensa, como no caso do parcelamento, verifica-se que a recusa do Fisco para restituir os valores ao apelado não se sustenta, de modo que a manutenção da r. sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

Sem condenação em honorários advocatícios a teor do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO DE DÉBITOS COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA POR FORÇA DE PARCELAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido à sistemática do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil (Tema 484), sedimentou entendimento no sentido de ser ilegal a compensação de ofício envolvendo débitos com exigibilidade suspensa.
2. Diante da consolidada jurisprudência de que a compensação de ofício é indevida quando da existência de débitos com a exigibilidade suspensa, como no caso do parcelamento, verifica-se que a recusa do Fisco para restituir os valores ao apelado não se sustenta, de modo que a manutenção da r. sentença é medida que se impõe.
3. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002119-12.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: IVAN RODRIGUES DE OLIVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MAURINO URBANO DA SILVA - SP142302-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002119-12.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: IVAN RODRIGUES DE OLIVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MAURINO URBANO DA SILVA - SP142302-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Ivan Rodrigues de Oliveira contra o GERENTE DE BENEFÍCIOS DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE RIBEIRÃO PIRES – SP, objetivando a realização de diligência ordenada no bojo do recurso administrativo nos autos do pedido concessório NB 183.310.230-1.

Alega que em 10/01/2018 protocolou pedido de concessão de aposentadoria, o qual foi indeferido em razão de não ter sido comprovado o período correto para devida concessão. No entanto, em 03/04/2018 o impetrante interps recurso em face da negativa da Autarquia em não conceder o benefício, o qual até a data de impetração do *mandamus* não houve qualquer manifestação por parte do INSS desde 11/10/2018.

Foi deferida parcialmente a medida liminar para determinar que a autoridade coatora efetue a diligência externa na empresa H.S. Comércio e Indústria de Componentes Metalúrgicos, Plásticos e Acrílicos Ltda., para colheita de prova material do vínculo empregatício entre o impetrante e a referida empresa, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência desta decisão, sob pena de multa diária, bem como determinada a notificação da autoridade impetrada.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações.

Por meio da sentença (ID 127443981), o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para determinar à autoridade coatora que efetue a diligência externa na empresa H.S. Comércio e Indústria de Componentes Metalúrgicos, Plásticos e Acrílicos Ltda., para colheita de prova material do vínculo empregatício entre o impetrante e a referida empresa. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer (ID 137674680), opinou pelo não conhecimento da remessa oficial.

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5002119-12.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: IVAN RODRIGUES DE OLIVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MAURINO URBANO DA SILVA - SP142302-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que o Órgão Especial desta E.Corte se manifestou no sentido de que cabe à Segunda Seção deste Tribunal o julgamento de mandado de segurança contra omissão de agente do INSS relativa à análise de pedido administrativo de aposentadoria. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA. ANDAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMORA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. O pedido do writ, demanda originária, busca sanar, tão-somente, a demora administrativa no julgamento do pedido formulado pelo impetrante (pedido administrativo de aposentadoria).

2. Compete às Turmas integrantes da Segunda Seção o processamento do mandamus. Precedente: TRF3, Órgão Especial, CC - 0014775-39.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2017.

3. Conflito improcedente.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21546 - 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 11/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2018)

A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.

Ademais, a emenda Constitucional 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A fim de concretizar o princípio da eficiência e racionalizar a atividade administrativa, foram editadas leis que prescrevem prazos para conclusão de processos administrativos.

Dispõem os artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal):

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em 30 (trinta) dias.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784 /99. VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO. ART. 5º. INCISO LV, DA CF/88. SENTENÇA MANTIDA.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado por Futurama Ribeirão Preto Com/ Imp/ e Exp/ Ltda com o objetivo de obter vistas para a extração de cópias dos processos administrativos mencionados na peça inicial. Argumenta a impetrante que protocolou os requerimentos de vista e cópia dos P.A. em 23/11/2011 e até a impetração do writ (09/01/2012) não foram analisados.

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo, 48, 49 e 24) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Além de não ter sido oferecida resposta ao requerimento da autora/impetrante em tempo razoável, houve afronta ao direito do administrado à ciência quanto ao trâmite do feito administrativo a ele concernente, como consignado pelo MPF nos termos previstos expressamente no artigo 3º, inciso II, da citada Lei n.º 9.784/99.

- O regramento destacado encontra supedâneo no disposto pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que consagra o direito ao contraditório, como corretamente assinalado pelo Juízo singular.

- Remessa oficial a que se nega provimento." (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 338433 - 0000052-87.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 07/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/07/2017)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784 /99. SENTENÇA MANTIDA.

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo 59, § 1º) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Dessa forma, apresentado o recurso administrativo em 31/05/2010, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal e que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, bem como o elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, proferisse decisão quanto ao recurso administrativo interposto. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja respondido.

- Remessa oficial a que se nega provimento. "(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 338291 - 0005543-31.2011.4.03.6126, Rel. JUIZ CONVOCADO SIDMAR MARTINS, julgado em 17/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2016)

"PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB - CONSULTA ADMINISTRATIVA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB - LEGITIMIDADE - PEDIDO SEM RESPOSTA - VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - O impetrante protocolou consulta junto à E. Comissão de Ética e Disciplina da 22ª Subseção da OAB/SP objetivando esclarecer situação de seu interesse no tocante à possibilidade de utilização de peças de procedimentos administrativos instaurados contra si para instruir reclamações a serem propostas contra magistrados, não obtendo qualquer resposta. Correta, assim, a interposição da ação constitucional contra o Presidente do Tribunal de Ética, o qual tem competência para corrigir o ato impugnado. II - A Ordem dos Advogados do Brasil desempenha um serviço público (art. 44 da Lei nº 8.906/94) e, nessa qualidade, está obrigada a respeitar em seus procedimentos as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil (art. 68 da Lei nº 8.906/94). O pedido administrativo apresentado pelo impetrante enseja a abertura de um procedimento, o qual está sujeito à incidência de certos princípios, dentre os quais o do devido processo legal, o do impulso oficial e o da efetividade. III - O pedido de consulta apresentado à Comissão de Ética e Disciplina enseja ao impetrante o direito de obter uma resposta, seja ela qual for (CF, artigo 5º, XXXIII). Não se admite que a autoridade silencie, quede-se inerte sobre o pedido devidamente formulado. IV - Violação do direito líquido e certo do impetrante, o mandado de segurança há de ser provido para que seja emitida uma resposta ao pedido, no prazo razoável de 30 (trinta) dias. V - Apelação provida."(AMS 00098705020094036106, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/08/2012..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE INSCRIÇÃO NA OAB. INSTALAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANÁLISE DE IDONEIDADE MORAL. IMPETRANTE QUE RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LEI Nº 9.784/99. PRAZO. DECISÃO PENDENTE. MORA ADMINISTRATIVA. 1. Prevê a Constituição Federal no inciso LXXVIII do artigo 5º que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. 2. No mesmo sentido, dispõe os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, tendo a Administração o dever de emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Dispõe, ainda, que concluída a instrução do processo administrativo, a Administração tem prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 3. No caso dos autos, verifica-se da documentação juntada com a inicial que a fase de instrução do Procedimento Administrativo Disciplinar NOX-277.010, foi concluída em 25/09/2012, encontrando-se o feito pendente de julgamento após a apresentação das razões finais pelo impetrante em 03/10/2012. 4. Pela análise dos documentos juntados aos autos, verifica-se que o prazo estipulado no artigo 49 da Lei nº 9.784/99 já foi ultrapassado há bastante tempo restando configurada a existência de mora administrativa quanto ao julgamento do pedido de inscrição do impetrante perante os quadros da OAB. 5. Diante do escoamento do prazo fixado em lei, é fundamental que seja proferida decisão, independentemente do reconhecimento ou não da pretensão do impetrante. 6. A fim de evitar que os procedimentos se eternizem, em regra estipula-se um prazo para que as eventuais pendências em processos ou procedimentos sejam cumpridas, não podendo ficar o impetrante sem solução para o seu requerimento. 7. Se o impetrante deixou de providenciar informações que fossem do seu interesse, pode a OAB decidir com base no que já consta dos autos do procedimento administrativo. 8. Remessa oficial e apelação desprovidas."(AMS 00080212220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seu pedido.

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE RECURSO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.
5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011234-59.2015.4.03.6102

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

APELADO: LAVRALDO & ROQUE LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: RODRIGO DEL VECCHIO BORGES - SP173926-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), tendo em vista que no presente feito há **anotação de sigilo/segredo**, procedi, nesta data, à intimação das partes do v. acórdão de ID [149448441](#), por meio deste ato ordinatório.

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5005268-94.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
PARTEAUTORA: LATICINIOS CATUPIRY LTDA
Advogado do(a) PARTEAUTORA: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5005268-94.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
PARTEAUTORA: LATICINIOS CATUPIRY LTDA
Advogado do(a) PARTEAUTORA: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por LATICINIOS CATUPIRY LTDA., em face de ato praticado pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO, objetivando provimento jurisdicional que declare a nulidade dos Processos Administrativos de Ressarcimento nº 19679.722336/2018-10, 19679.722339/2018-53, 19679.722337/2018-64, 19679.722340/2018-88, 19679.722338/2018-17 e 19679.722341/2018-22, bem como seja determinado à autoridade impetrada que, no prazo de 60 (sessenta) dias, proceda à emissão de decisão fundamentada acerca da legitimidade (mérito) dos créditos pleiteados, em razão da regularização da impetrante quanto à legislação estadual relativa à inutilização de Notas Fiscais.

Requer, ainda, a suspensão da exigibilidade dos débitos vinculados aos processos de crédito nº 19679.722336/2018-10, 19679.722339/2018-53, 19679.722337/2018-64, 19679.722340/2018-88, 19679.722338/2018-17 e 19679.722341/2018-22, nos termos do artigo 151, IV do CTN e, conseqüentemente, que a impetrada se abstenha de efetuar qualquer ato de cobrança em desfavor da impetrante relativamente a estes processos administrativos de crédito até a conclusão da efetiva fiscalização do crédito pleiteado.

Narra a impetrante, que os pedidos de ressarcimento protocolizados nº 19679.722336/2018-10, 19679.722339/2018-53, 19679.722337/2018-64, 19679.722340/2018-88, 19679.722338/2018-17 e 19679.722341/2018-22, restaram indeferidos por conta da não apresentação de 10 Notas Fiscais Eletrônicas de Saída da pessoa jurídica.

Alega que tal situação não pode servir de fundamento para indeferir integralmente seu pedido de restituição, especialmente pelo fato de ter regularizado as notas fiscais em questão.

Em face do indeferimento da medida liminar pleiteada, a impetrante interpôs o agravo de instrumento nº 5011119-81.2019.403.0000 (ID 138246827/138246842).

Notificada, a autoridade coatora prestou informações (ID 138246841).

O Ministério Público Federal na primeira instância, manifestou-se pelo prosseguimento do feito (ID 138246850).

A autoridade impetrada informou que, em cumprimento à decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento, proferiu novos despachos decisórios, processos administrativos de ressarcimento nº 19679.722336/2018-10, 19679.722339/2018-53, 19679.722337/2018-64, 19679.722340/2018-88, 19679.722338/2018-17 e 19679.722341/2018-22, Id. 28708047 (ID 138246857).

Por meio da sentença, o MM. Juíza *quo* concedeu a segurança pleiteada. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário (ID 138246863).

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer, opinou pelo prosseguimento do feito (ID 139229988).

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5005268-94.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: LATICINIOS CATUPIRY LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Do que se depreende dos autos, anoto que a decisão administrativa carece de fundamentação.

É bem de ver, que a autoridade impetrada entendeu que crédito pretendido não seria líquido e certo, todavia, em observância ao Princípio da Razoabilidade, nada impediria a intimação da impetrante, para sanear o quanto apurado de irregular.

De fato, constato a inobservância ao Princípio da Motivação, expressamente previsto nos arts. 2º e 50, II, da Lei n.º 9.784 /1999, reguladora do processo administrativo em âmbito federal, *verbis*:

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções"

Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES. INCONGRUÊNCIA. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ.

1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embasadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade.

2. "Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido" (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011).

3. No caso em apreço, se o ato administrativo de avaliação de desempenho confeccionado apresenta incongruência entre parâmetros e critérios estabelecidos e seus motivos determinantes, a atuação jurisdicional acaba por não invadir a seara do mérito administrativo, porquanto limita-se a extirpar ato eivado de ilegalidade.

4. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.

5. "Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária." (Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Edição.)

6. O acolhimento da tese da recorrente, de ausência de ato ilícito, de dano e denexo causal, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgREsp 1.280.729, Rel. Min. Humberto Martins, DJE: 19/04/2012).

Verifico que, após a intimação dos despachos decisórios, a impetrante apresentou as notas fiscais de saída faltantes, comprovando que todas as operações geradoras de destaque dos créditos objeto de glosa pela autoridade fiscal, foram efetivamente realizadas.

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. GLOSA DE CRÉDITOS. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO. INOBSERVÂNCIA. IRREGULARIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. Constatado a inobservância ao Princípio da Motivação, expressamente previsto na Lei nº 9.784/1999, reguladora do processo administrativo em âmbito federal.
2. Após a intimação dos despachos decisórios, a impetrante apresentou as notas fiscais de saída faltantes, comprovando que todas as operações geradoras de destaque dos créditos objeto de glosa pela autoridade fiscal, foram efetivamente realizadas.
3. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000966-26.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: POTY VELOSO JORGE

Advogado do(a) APELANTE: SILVIO CESAR BASSO - SP132087-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000966-26.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: POTY VELOSO JORGE

Advogado do(a) APELANTE: SILVIO CESAR BASSO - SP132087-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal, interpostos por POTY VELOSO JORGE em face da FAZENDA NACIONAL, alegando, em síntese: prescrição para o redirecionamento da execução fiscal ao sócio; ilegalidade da responsabilização do sócio, pois não houve dissolução irregular da sociedade empresarial, mas simples alteração de endereço, devidamente registrado na JUCESP, não sendo caso de incidência do art. 135, III, do CTN.

Embargos julgados improcedentes.

Interposto recurso de apelação pelo embargante, aduzindo: a exequente requereu a inclusão dos sócios administradores da executada no polo passivo da ação, nos termos do art. 135, III, do CTN, sob o fundamento de que a empresa teria sido irregularmente dissolvida, tendo em vista que não foi encontrada em seu antigo domicílio fiscal; contudo, a empresa não foi dissolvida, estando ainda ativa, conforme consta do próprio comprovante de inscrição e de situação cadastral (cartão de CNPJ), tendo apenas mudado o endereço da sua sede em 26.05.2006, conforme consta da cláusula primeira da Décima Terceira Alteração de Contrato Social, devidamente protocolizada na JUCESP, órgão competente para realizar o arquivamento dos atos constitutivos e alteração dos contratos sociais das empresas, cujo registro foi efetivado em 05.06.2006; a própria exequente tinha pleno conhecimento desta alteração de endereço há muito tempo, conforme se verifica das fls. 69 a 75 dos autos do Procedimento Administrativo Fiscal nº 10850.000128/2005-39, que deu origem à CDA exequenda; esse fato é ainda mais evidente quando se constata que a penhora recaiu sobre imóvel da empresa; a empresa executada comunicou expressa e formalmente aos órgãos competentes sua mudança de domicílio, inclusive à própria Receita Federal do Brasil, conforme comprovado pelo cartão de CNPJ, o qual aponta data de alteração cadastral em 03.11.2005.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000966-26.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: POTYPELOSO JORGE

Advogado do(a) APELANTE: SILVIO CESAR BASSO - SP132087-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Até o julgamento do REsp 1.201.993/SP, pelo regime dos recursos repetitivos, havia se firmado no C. STJ, o entendimento de que o pedido de redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da pessoa jurídica executada devia ocorrer até cinco anos da citação válida da empresa, sob pena de se consumir a prescrição. Precedentes: Segunda Turma, AgInt no REsp 1.646.402/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 05.04.2018, DJe 10.04.2018; Segunda Turma, REsp 1.685.655/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 03.10.2017, DJe 11.10.2017.

Todavia, a discussão acerca da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios da empresa originalmente devedora continuou nos casos em que a dissolução irregular da sociedade foi constatada após a citação da pessoa jurídica.

Em razão disso, houve um novo julgamento, pelo regime dos recursos repetitivos, na mencionada Corte Superior, cuja transcrevo a seguir, na íntegra:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO.

ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica.

TESE CONTROVERTIDA ADMITIDA 2. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015), admitiu-se a seguinte tese controvertida (Tema 444): "prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica".

DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA COGNOSCÍVEL 3. Na demanda, almeja-se definir, como muito bem sintetizou o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o termo inicial da prescrição para o redirecionamento, especialmente na hipótese em que se deu a dissolução irregular, conforme reconhecido no acórdão do Tribunal a quo, após a citação da pessoa jurídica. Destaca-se, como premissa lógica, a precisa manifestação do eminente Ministro Gurgel de Faria, favorável a que "terceiros pessoalmente responsáveis (art. 135 do CTN), ainda que não participantes do processo administrativo fiscal, também podem vir a integrar o polo passivo da execução, não para responder por débitos próprios, mas sim por débitos constituídos em desfavor da empresa contribuinte".

*4. Com o propósito de alcançar consenso acerca da matéria de fundo, que é extremamente relevante e por isso tratada no âmbito de recurso repetitivo, buscou-se incorporar as mais diversas observações e sugestões apresentadas pelos vários Ministros que se manifestaram nos sucessivos debates realizados, inclusive por meio de votos-*visa* - em alguns casos, com apresentação de várias teses, nem sempre congruentes entre si ou com o objeto da pretensão recursal.*

PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO 5. Preliminarmente, observa-se que o legislador não disciplinou especificamente o instituto da prescrição para o redirecionamento. O Código Tributário Nacional discorre genericamente a respeito da prescrição (art. 174 do CTN) e, ainda assim, o faz em relação apenas ao devedor original da obrigação tributária.

6. Diante da lacuna da lei, a jurisprudência do STJ há muito tempo consolidou o entendimento de que a Execução Fiscal não é imprescritível. Com a orientação de que o art. 40 da Lei 6.830/1980, em sua redação original, deve ser interpretado à luz do art. 174 do CTN, definiu que, constituindo a citação da pessoa jurídica o marco interruptivo da prescrição, extensível aos devedores solidários (art. 125, III, do CTN), o redirecionamento com fulcro no art. 135, III, do CTN deve ocorrer no prazo máximo de cinco anos, contado do aludido ato processual (citação da pessoa jurídica). Precedentes do STJ: Primeira Seção: AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 7.12.2009. Primeira Turma: AgRg no Ag 1.308.057/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 26.10.2010; AgRg no Ag 1.159.990/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.8.2010; AgRg no REsp 1.202.195/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 22.2.2011; AgRg no REsp 734.867/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 2.10.2008. Segunda Turma: AgRg no AREsp 88.249/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15.5.2012; AgRg no Ag 1.211.213/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 24.2.2011; REsp 1.194.586/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.100.777/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 4.5.2009.

7. A jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ, atenta à necessidade de corrigir distorções na aplicação da lei federal, reconheceu ser preciso distinguir situações jurídicas que, por possuírem características peculiares, afastam a exegese tradicional, de modo a preservar a integridade e a eficácia do ordenamento jurídico. Nesse sentido, analisou precisamente hipóteses em que a prática de ato de infração à lei, descrito no art. 135, III, do CTN (como, por exemplo, a dissolução irregular), ocorreu após a citação da pessoa jurídica, modificando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento: AgRg no REsp 1.106.281/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 28.5.2009; AgRg no REsp 1.196.377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 27.10.2010.

8. Efetivamente, não se pode dissociar o tema em discussão das características que definem e assim individualizam o instituto da prescrição, quais sejam a violação de direito, da qual se extrai uma pretensão exercível, e a cumulação do requisito objetivo (transcurso de prazo definido em lei) com o subjetivo (inércia da parte interessada).

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO EM CASO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR PREEXISTENTE OU ULTERIOR À CITAÇÃO PESSOAL DA EMPRESA 9. Afastada a orientação de que a citação da pessoa jurídica dá início ao prazo prescricional para redirecionamento, no específico contexto em que a dissolução irregular sucede a tal ato processual (citação da empresa), impõe-se a definição da data que assinala o termo a quo da prescrição para o redirecionamento nesse cenário peculiar (distinguishing).

10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controvertida, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular).

11. De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, aí, sim, será possível cogitar da fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente").

12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005.

13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que "a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo", é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública.

TESE REPETITIVA 14. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lastro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO 15. No caso dos autos, a Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a Execução Fiscal jamais esteve paralisada, pois houve citação da pessoa jurídica em 1999, penhora de seus bens, concessão de parcelamento e, depois da sua rescisão por inadimplemento (2001), retomada do feito após o comparecimento do depositário, em 2003, indicando o paradeiro dos bens, ao que se sucedeu a realização de quatro leilões, todos negativos. Somente com a tentativa de substituição da constrição judicial é que foi constatada a dissolução irregular da empresa (2005), ocorrida inquestionavelmente em momento seguinte à citação da empresa, razão pela qual o pedido de redirecionamento, formulado em 2007, não estaria fulminado pela prescrição.

16. A genérica observação do órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial ou da rescisão do parcelamento é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifesta a aplicação indevida da legislação federal.

17. Tendo em vista a assertiva fazendária de que a circunstância fática que viabilizou o redirecionamento (dissolução irregular) foi ulterior à citação da empresa devedora (até aqui fato incontroverso, pois expressamente reconhecido no acórdão hostilizado), caberá às instâncias de origem pronunciar-se sobre a veracidade dos fatos narrados pelo Fisco e, em consequência, prosseguir no julgamento do Agravo do art. 522 do CPC/1973, observando os parâmetros acima fixados.

18. Recurso Especial provido."

(STJ, Primeira Seção, REsp 1.201.993/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 08.05.2019, DJe 12.12.2019)

No referido julgado foram analisadas hipóteses em que a dissolução irregular da sociedade ocorreu após a citação da pessoa jurídica, alterando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento.

Nesse cenário, o C. STJ definiu a data do termo a quo da prescrição para o redirecionamento, nos casos em que o ato de citação resultar negativo em razão do encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, ou seja, dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, como a data da diligência que resultou negativa (nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN) ou à data do despacho do juiz que ordenar a citação (para os casos regidos pela novel redação do mencionado artigo, dada pela Lei Complementar nº 118/05).

Por sua vez, restou decidido que a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for posterior a ela, uma vez que, em tal circunstância, não existirá, na data de tal ato, pretensão contra os sócios-gerentes, uma vez que, conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN.

Desse modo, somente pode ser considerado como termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes, a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte.

Portanto, constatada a dissolução irregular da sociedade em data subsequente à da citação da pessoa jurídica, somente a data desse ato posterior é que pode ser considerada como termo inicial do prazo prescricional para o redirecionamento da execução contra seus sócios-gerentes.

Por sua vez, a questão relativa à dissolução irregular como ilícito suficiente ao redirecionamento do executivo fiscal restou decidida definitivamente pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.371.128/RS, em 10.09.2014.

O E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu, sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, que a não localização da pessoa jurídica em seu domicílio fiscal, certificada por Oficial de Justiça, caracteriza sua dissolução irregular, justificando o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA EM VIRTUDE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ART. 10, DO DECRETO N. 3.078/19 E ART. 158, DA LEI N. 6.404/78 - LSA C/C ART. 4º, V, DA LEI N. 6.830/80 - LEF.

1. A mera afirmação da Defensoria Pública da União - DPU de atuar em vários processos que tratam do mesmo tema versado no recurso representativo da controvérsia a ser julgado não é suficiente para caracterizar-lhe a condição de *amicus curiae*. Precedente: REsp. 1.333.977/MT, Segunda Seção, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 26.02.2014.

2. Consoante a Súmula n. 435/STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

3. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 a 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 - onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência - ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

4. Não há como compreender que o mesmo fato jurídico "dissolução irregular" seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não-tributário. "Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio". O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e art. 158, da Lei n. 6.404/78 - LSA no âmbito não-tributário, não havendo, em nenhum dos casos, a exigência de dolo.

5. Precedentes: REsp. n. 697108/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 28.04.2009; REsp. n. 657935/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 12.09.2006; AgRg no AREsp 8.509/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4.10.2011; REsp 1272021/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.02.2012; REsp 1259066/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28/06/2012; REsp.n.º 1.348.449 - RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.04.2013; AgRg no AG n.º 668.190 - SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13.09.2011; REsp. n.º 586.222 - SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23.11.2010; REsp 140564/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 21.10.2004.

6. Caso em que, conforme o certificado pelo oficial de justiça, a pessoa jurídica executada está desativada desde 2004, não restando bens a serem penhorados. Ou seja, além do encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, não houve a reserva de bens suficientes para o pagamento dos credores.

7. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1371128/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2014, DJe 17/09/2014) (grifo nosso)

Dispõe a Súmula n. 435 do STJ:

"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente."

Destarte, a certidão do Oficial de Justiça, no sentido de que a empresa não mais existe, é indicio bastante de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução (STJ, AGREsp n. 175282, Rel. Min. Humberto Martins, j. 26.06.12; TRF3, AI n. 201203000225393, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, decisão proferida em 20.08.12; AI n. 201103000311827, Rel. Des. Fed. Antonio Cederho, j. 03.09.12).

O caso em análise, todavia, apresenta peculiaridades que não permitem concluir ter havido, efetivamente, dissolução irregular da sociedade.

Com efeito, conquanto tenha o Oficial de Justiça certificado nos Embargos à Execução Fiscal nº 0005341-75.2015.4.03.6106, conforme consignado pelo MM. Juízo *a quo* nestes autos, que o endereço registrado na JUCESP (Rua Chaim José Elias nº 769, Vila Sinibaldi, São José do Rio Preto – SP) apenas servia como arquivo morto da executada e estacionamento de outra empresa, tendo sido encontrados somente livros contábeis da empresa devedora, há que se atentar para o fato de que foi penhorado imóvel da empresa devedora, conforme Auto de Penhora e Depósito acostado aos autos (ID 102358035, p. 2), em 06.06.2013, avaliado, à época, em R\$ 446.000,00, suficiente, a princípio, para garantir o débito, correspondente a R\$ 345.153,59, em 22.02.2012 (ID 102358034, p. 30).

Há que se ressaltar, ainda, que o endereço da empresa executada, devidamente registrado na JUCESP, também foi comunicado à Receita Federal do Brasil, conforme se constata do Cartão do CNPJ (ID 102358036, p. 18), tendo como data da situação cadastral, 03.11.2005.

Desse modo, verifica-se que muito tempo antes do ajuizamento da execução fiscal, ocorrido em 22.10.2009, a exequente já tinha ciência de que o domicílio fiscal da devedora havia sido alterado, tendo, no entanto, indicado logradouro antigo para citação da empresa devedora.

Portanto, há que se reformar a sentença, para reconhecer a ilegitimidade passiva do embargante na execução fiscal em tela, com condenação da embargada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados nos percentuais mínimos constantes do § 3º, incisos I e II, do art. 85, do CPC/15.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso de apelação do embargante**, para reconhecer sua ilegitimidade passiva, com condenação da embargada ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO A QUO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO. PENHORADO BEM DA EMPRESA DEVEDORA. ALTERAÇÃO DE DOMICÍLIO DEVIDAMENTE INFORMADO À RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM DATA ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.

I - Até o julgamento do REsp 1.201.993/SP, pelo regime dos recursos repetitivos, havia se firmado no C. STJ, o entendimento de que o pedido de redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da pessoa jurídica executada devia ocorrer até cinco anos da citação válida da empresa, sob pena de se consumir a prescrição. Precedentes: Segunda Turma, AgInt no REsp 1.646.402/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 05.04.2018, DJe 10.04.2018; Segunda Turma, REsp 1.685.655/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 03.10.2017, DJe 11.10.2017.

II – A discussão acerca da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios da empresa originalmente devedora continuou nos casos em que a dissolução irregular da sociedade foi constatada após a citação da pessoa jurídica.

III - Em novo julgamento, pelo regime dos recursos repetitivos, REsp 1.201.993/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 08.05.2019, DJe 12.12.2019, a Primeira Seção do C. STJ firmou a tese de que: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

IV - O C. STJ, no julgamento do REsp. 1.371.128/RS, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que a dissolução irregular da pessoa jurídica caracteriza infração à lei e legítima o redirecionamento da execução fiscal de crédito não tributário para o sócio-gerente. Assentou, ainda, ser obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluídos os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. Explicou que a regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência às formalidades previstas nos artigos 1.033 a 1.038 e artigos 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002, nos quais é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência, de modo que a desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

V - A não localização da pessoa jurídica em seu domicílio fiscal, certificada por Oficial de Justiça, como no caso dos autos, caracteriza sua dissolução irregular, justificando o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio. Súmula 435/STJ.

VI - O caso em análise, todavia, apresenta peculiaridades que não permitem concluir ter havido, efetivamente, dissolução irregular da sociedade.

VII - Conquanto tenha o Oficial de Justiça certificado nos Embargos à Execução Fiscal nº 0005341-75.2015.4.03.6106, conforme consignado pelo MM. Juízo *a quo* nestes autos, que o endereço registrado na JUCESP (Rua Chaim José Elias nº 769, Vila Sinibaldi, São José do Rio Preto – SP) apenas servia como arquivo morto da executada e estacionamento de outra empresa, tendo sido encontrados somente livros contábeis da empresa devedora, há que se atentar para o fato de que foi penhorado imóvel da empresa devedora, conforme Auto de Penhora e Depósito acostado aos autos (ID 102358035, p. 2), em 06.06.2013, avaliado, à época, em R\$ 446.000,00, suficiente, a princípio, para garantir o débito, correspondente a R\$ 345.153,59, em 22.02.2012 (ID 102358034, p. 30).

VIII - Há que se ressaltar, ainda, que o endereço da empresa executada, devidamente registrado na JUCESP, também foi comunicado à Receita Federal do Brasil, conforme se constata do Cartão do CNPJ (ID 102358036, p. 18), tendo como data da situação cadastral, 03.11.2005.

IX - Desse modo, verifica-se que muito tempo antes do ajuizamento da execução fiscal, ocorrido em 22.10.2009, a exequente já tinha ciência de que o domicílio fiscal da devedora havia sido alterado, tendo, no entanto, indicado logradouro antigo para citação da empresa devedora.

X - Há que se reformar a sentença, para reconhecer a ilegitimidade passiva do embargante na execução fiscal em tela, com condenação da embargada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados nos percentuais mínimos constantes do § 3º, incisos I e II, do art. 85, do CPC/15.

XI - Recurso de apelação do embargante provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à Apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000179-39.2019.4.03.6113

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: BRUNO MOITA RIBEIRO, ELIZANGELA PESSOA

Advogados do(a) APELANTE: PAULO SERGIO DE OLIVEIRA SOUZA - SP321511-A, LUAN GOMES - SP347019-A
Advogados do(a) APELANTE: PAULO SERGIO DE OLIVEIRA SOUZA - SP321511-A, LUAN GOMES - SP347019-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000179-39.2019.4.03.6113

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: BRUNO MOITA RIBEIRO, ELIZANGELA PESSOA

Advogados do(a) APELANTE: PAULO SERGIO DE OLIVEIRA SOUZA - SP321511-A, LUAN GOMES - SP347019-A

Advogados do(a) APELANTE: PAULO SERGIO DE OLIVEIRA SOUZA - SP321511-A, LUAN GOMES - SP347019-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de terceiro, interpostos por BRUNO MOITA RIBEIRO E OUTRO em face da FAZENDA NACIONAL, alegando que o bem construído é de propriedade dos embargantes, adquirido por Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra, firmado com MLMC Engenharia e Incorporação Ltda. em 12.04.2014, muito antes, portanto, da constituição do crédito tributário, sem qualquer espécie de vício ou má-fé, não tendo providenciado o registro por falta de condições financeiras.

Manifestou-se a embargada reconhecendo a validade da alienação, bem como os direitos dos embargantes sobre a propriedade do imóvel, pugnando pelo levantamento da penhora e requerendo a condenação dos embargantes ao pagamento de honorários advocatícios.

Embargos julgados procedentes, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, III, "a", do NCPC, declarando eficaz a alienação relativa ao imóvel descrito na inicial, com condenação dos embargantes ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I, do mesmo diploma processual, em face do princípio da causalidade e a desídia dos embargantes em fazer o registro do contrato de compra e venda no Cartório de Imóveis, ficando suspensa a execução das verbas sucumbenciais em virtude da concessão da gratuidade de justiça (art. 98, §§ 2º e 3º do NCPC).

Interposto recurso de apelação pelos embargantes, requerendo seja afastada sua condenação ao pagamento da verba honorária, que deve ser suportada pela embargada, uma vez que, em meio a tantos imóveis da executada no processo de execução, mesmo sabendo da venda do imóvel, uma vez que, conforme certidão do Oficial de Justiça naquele feito, os embargantes informaram que o imóvel lhes pertencia.

Comcontrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000179-39.2019.4.03.6113

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: BRUNO MOITA RIBEIRO, ELIZANGELA PESSOA

Advogados do(a) APELANTE: PAULO SERGIO DE OLIVEIRA SOUZA - SP321511-A, LUAN GOMES - SP347019-A

Advogados do(a) APELANTE: PAULO SERGIO DE OLIVEIRA SOUZA - SP321511-A, LUAN GOMES - SP347019-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A condenção em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

No caso dos autos, a exequente requereu a penhora sobre o imóvel em tela por constar do Cartório de Registro de Imóveis que esse bem pertencia à parte executada, uma vez que não havia sido registrada a alienação noticiada nestes embargos.

Conquanto os embargantes tenham informado ao Oficial de Justiça, na execução, que o imóvel lhes pertencia, essa comprovação, de forma inequívoca, somente ocorreu neste feito, não havendo se falar, portanto, que a embargada deu causa ao ajuizamento dos presentes embargos de terceiro.

Nesse sentido, colaciono o julgado do C. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. DISTRIBUIÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

2. “É admissível a oposição de Embargos de Terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que desprovido do registro” (Súmula 84/STJ).

3. A sucumbência, para fins de arbitramento dos honorários advocatícios, tem por norte a aplicação do princípio da causalidade. Nesse sentido, a Súmula 303/STJ dispôs especificamente: “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios”.

4. O adquirente do imóvel, ao não providenciar a transcrição do título na repartição competente, expõe o bem à indevida constrição judicial em demandas ajuizadas contra o antigo proprietário. As diligências realizadas pelo oficial de Justiça ou pela parte credora, destinadas à localização de bens, no caso específico daqueles sujeitos a registro (imóveis, veículos), são feitas mediante consulta aos Cartórios de Imóveis (Detran, no caso de veículos), razão pela qual a desatualização dos dados cadastrais fatalmente acarretará a efetivação da indevida penhora sobre o bem.

5. Nessas condições, não é lícito que a omissão no cumprimento de um dever legal implique, em favor da parte negligente, que esta deve ser considerada vencedora na demanda, para efeito de atribuição dos encargos de sucumbência.

6. Conforme expressamente concluiu a Corte Especial do STJ, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 490.605/SC: “Não pode ser responsabilizado pelos honorários advocatícios o credor que indica à penhora imóvel transferido a terceiro

mediante compromisso de compra e venda não registrado no Cartório de Imóveis. Com a inércia do comprador em proceder ao registro não havia como o exequente tomar conhecimento de uma possível transmissão de domínio”.

7. Para os fins do art. 1040 do CPC/2015 (antigo art. 543-C, § 7º, do CPC/1973), consolida-se a seguinte tese: “Nos Embargos de Terceiro cujo pedido foi acolhido para desconstituir a constrição judicial, os honorários advocatícios serão arbitrados com base no princípio da causalidade, responsabilizando-se o atual proprietário (embargante), se este não atualizou os dados cadastrais. Os encargos de sucumbência serão suportados pela parte embargada, porém, na hipótese em que esta, depois de tomar ciência da transmissão do bem, apresentar ou insistir na impugnação ou recurso para manter a penhora sobre o bem cujo domínio foi transferido para terceiro”.

8. Precedentes: AgRg no REsp 1.282.370/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 06/03/2012; EDcl nos EDcl no REsp 375.026/PR, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, DJe 15/04/2008; REsp 724.341/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 12/11/2007, p. 158; AgRg no REsp 462.647/SC, Rel. Ministro Castro Meira, SEGUNDA TURMA, DJ 30/08/2004, p. 244.

9. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem concluiu que “a Fazenda Nacional, ao se opor à pretensão do terceiro embargante, mesmo quando cristalinas as provas de sua posse sobre o imóvel construído, atraiu para si a aplicação do princípio da sucumbência”.

10. Recurso Especial desprovido. Acórdão submetido ao julgamento no rito do art. 1036 do CPC/2015 (antigo art. 543-C do CPC/1973).”

(REsp 1452840/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 05/10/2016)

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação dos embargantes**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

I - A condenção em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

II - No caso dos autos, a exequente requereu a penhora sobre o imóvel em tela por constar do Cartório de Registro de Imóveis que esse bem pertencia à parte executada, uma vez que não havia sido registrada a alienação noticiada nestes embargos.

III - Conquanto os embargantes tenham informado ao Oficial de Justiça, na execução, que o imóvel lhes pertencia, essa comprovação, de forma inequívoca, somente ocorreu neste feito, não havendo se falar, portanto, que a embargada deu causa ao ajuizamento dos presentes embargos de terceiro. Precedentes do C. STJ.

IV – Recurso de apelação dos embargantes improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso de apelação dos embargantes, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5022506-63.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: TOSHIBAAMERICADO SULLTDA.

Advogados do(a) PARTE AUTORA: IVAN TAUIL RODRIGUES - RJ61118-S, ANA LUIZA IMPELLIZIERI DE SOUZA MARTINS - RJ100644-S

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5022506-63.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: TOSHIBAAMERICADO SULLTDA.

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARCELO DA ROCHA RIBEIRO DANTAS - SP348301-A, IVAN TAUIL RODRIGUES - RJ61118-S, ANA LUIZA IMPELLIZIERI DE SOUZA MARTINS - RJ100644-S

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por TRANSFORMADORES E SERVICOS DE ENERGIA DAS AMERICAS S.A., em face de ato praticado pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO/SP, objetivando provimento jurisdicional que determine a expedição de Certidão Positiva de Débito com Efeito de Negativa – CPD-EN.

Narra a impetrante, que foi constatada irregularidade pela RFB, por conta da ausência da apresentação da Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF nos exercícios de 2013 e 2015 da empresa por si incorporada, Toshiba Sistemas de Transmissão e Distribuição do Brasil Ltda., cujo CNPJ/MF n.º 78.230.182/0001-84 encontra-se baixado desde 31.03.2011.

Alega que, considerando que o CNPJ/MF da empresa incorporada foi baixado em 31.03.2011, não pode ser responsabilizada pela ausência de entrega das DIRFs dos exercícios de 2013 e 2015, que decorreu do equívoco de um antigo cliente da empresa incorporada pela impetrante, o qual informou em sua Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, o Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF com o CNPJ/MF da empresa incorporada, já inativo, o que está impedindo a renovação da Certidão de Regularidade Fiscal.

Aduz que esclareceu à Receita Federal o ocorrido, contudo, teve seu requerimento negado por “falta de fundamentação legal”.

Esclarece que os únicos valores constantes do Relatório de Situação Fiscal como “Débitos/Pendências na Receita Federal” foram devidamente incluídos no Programa Especial de Regularização Tributária – PERT.

Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou informações (ID 100755346).

Medida liminar parcialmente deferida (ID 100755360).

O Ministério Público Federal na primeira instância, manifestou-se pelo prosseguimento do feito, aduzindo a inexistência de interesse a justificar sua manifestação quanto ao mérito da lide (ID 100755348).

Por meio da sentença, o MM. Juíza *quo* concedeu a segurança pleiteada. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário (ID 100755374).

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer, opinou pelo prosseguimento do feito (ID 123622593).

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5022506-63.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: TOSHIBAAMERICADO SULLTDA.

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARCELO DA ROCHA RIBEIRO DANTAS - SP348301-A, IVAN TAUIL RODRIGUES - RJ61118-S, ANA LUIZA IMPELLIZIERI DE SOUZA MARTINS - RJ100644-S

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

O artigo 5º, inciso XXXIV, letra "b", da Constituição Federal, assegura o direito público subjetivo à expedição de certidões por qualquer pessoa que delas necessite para a defesa de direitos ou o esclarecimento de situações.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional dispõe sobre a certidão de Regularidade Fiscal da seguinte forma:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de dez dias da data da entrada do requerimento na repartição.

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

A Certidão Negativa de Débitos (CND) somente pode ser expedida se não existir nenhum crédito tributário vencido e não pago. A Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa (CPDEN), porém, pode ser expedida em duas situações: 1) existência de crédito objeto de execução fiscal em que já tenha sido efetivada penhora ou 2) suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nas hipóteses arroladas no art. 151 do CTN.

O artigo 151, do Código Tributário Nacional trata das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a saber:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

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

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

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

In casu, resta comprovado que a impetrante aderiu ao PERT e que referido parcelamento não foi consolidado pela inércia da Administração Pública, portanto, incabível responsabilizar a impetrante nesse aspecto, estando tais débitos com a exigibilidade suspensa.

No que tange à ausência da DIRF nos exercícios 2013 a 2015 da empresa incorporada, Toshiba Sistema de Transmissão e Distribuição do Brasil Ltda., anoto que a falta de entrega das DIRFs pelo contribuinte não tem o condão de impedir, *de per se*, a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa de débito, por se tratar de obrigação acessória, e não um crédito tributário devidamente constituído pelo lançamento.

Com efeito, estabelece o art. 206 do Código Tributário Nacional que "*tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.*" Faz-se mister, consequentemente, para que a certidão positiva com efeitos de negativa não seja expedida, que exista crédito tributário vencido sem garantia executiva ou qualquer causa de suspensão da exigibilidade.

Nem se alegue que o art. 113, § 3º do Código Tributário Nacional impediria a expedição da certidão requerida.

Prevê o dispositivo em comento que a obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. Não se dispensa, contudo, que a Administração Tributária proceda ao lançamento do tributo, convalidando a obrigação acessória em principal no que corresponde à penalidade pecuniária. Enquanto não o faz, deve emitir a certidão de regularidade fiscal.

Neste sentido é a jurisprudência desta colenda Corte, a saber:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. AUSÊNCIA DE ENTREGA DE DIPJ E DCTF'S. MERO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA NÃO CONSTITUI ÔBICE PARA EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA. INEXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A certidão de regularidade fiscal depende da comprovação de que o contribuinte não possui créditos tributários exigíveis ou sem garantia no caso de execução fiscal (artigo 206, CTN). No caso dos autos, as tratou-se da falta de apresentação da DIPJ no exercício de 2014, e das DCTF's do período entre março e dezembro de 2013, o que configura, evidentemente, descumprimento de mera obrigação acessória e não principal, uma vez que inexistente lançamento de ofício para suprir a falta de declaração. 2. Todavia, o descumprimento de obrigação acessória não impede seja fornecida a certidão de regularidade fiscal. 3. A negativa de certidão de regularidade fiscal, por mero descumprimento de obrigação tributária, prevista em ato infralegal, viola o princípio da legalidade, em conformidade com a jurisprudência consolidada. 4. Agravo inominado desprovido. (AI 00175141920154030000, JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/11/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. EXPEDIÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE. RECURSO DESPROVIDO. 1. A negativa de certidão de regularidade fiscal, conforme jurisprudência do STJ e desta Corte, por mero descumprimento de obrigação tributária, prevista em ato infralegal, viola o princípio da legalidade, devendo ser mantida a sentença tal como proferida. 2. Consolidada a jurisprudência, no sentido da ilegalidade da negativa de certidão fiscal de regularidade em razão de mero descumprimento de obrigação tributária acessória, que não se encontra fundada em lei formal, tal como necessário em razão do princípio da legalidade e da separação dos Poderes, a impedir que o Executivo legisle para criar dever sem amparo em lei, sem que a presunção de legitimidade e veracidade possa ser invocada para criar ônus de tal natureza. 3. Agravo inominado desprovido. (AMS 00082720620144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/09/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. RECURSOS JULGADOS MONOCRATICAMENTE. EXCLUSÃO DE DÉBITOS DOS CADASTROS DA RECEITA FEDERAL. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL (ART. 206 DO CTN). PRESENÇA DE CAUSAS SUSPENSIVAS DA EXIGIBILIDADE DOS DÉBITOS (ART. 151 DO CTN). DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O direito à obtenção da certidão positiva com efeitos de negativa, prevista pelo art. 206 do CTN, pressupõe a existência de débitos com a exigibilidade suspensa por qualquer das causas previstas no art. 151 do mesmo diploma legal (moratória; depósito integral do valor; reclamações e recursos administrativos; concessão de medida liminar em mandado de segurança; concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial e, por fim, o parcelamento) ou em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora em valor suficiente para garantir o débito. 2. Comprovada a existência de causa extintiva (pagamento) ou suspensiva da exigibilidade dos débitos, é de rigor a exclusão dos mesmos dos cadastros da Receita Federal e o consequente reconhecimento do direito à expedição da certidão positiva com efeitos de negativa (art. 206 do CTN). 3. A mera alegação de descumprimento de obrigação acessória não legitima a recusa ao fornecimento de certidão de regularidade fiscal. Precedentes. 4. Agravo legal a que se nega provimento. (APELREEX 09003301020054036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/04/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ADEQUAÇÃO DE VIA ELEITA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA DE DÉBITOS. ART. 206 DO CTN. AUSÊNCIA DE ENTREGA DE DIRF. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ÔBICE. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 74, DA LEI Nº 9.430/96. CAUSA EXTINTIVA DO CRÉDITO SOB CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA.

1. Desnecessária a dilação probatória no caso em questão. O direito líquido e certo à obtenção de certidão negativa de débitos ou de positiva com efeitos de negativa se faz de plano através de prova documental pré-constituída, seja da extinção do crédito tributário, seja da suspensão de sua exigibilidade.

2. A necessidade de uma certidão negativa de débitos (art. 205 do CTN) retratar com fidelidade a situação do contribuinte perante o Fisco impossibilita a sua expedição na existência de débitos, ainda que estejam com a exigibilidade suspensa. Nesta última situação, o contribuinte tem direito à denominada "certidão positiva com efeitos de negativa" expedida nos termos e para os fins do art. 206 do CTN.

3. Correto o r. Juízo a quo ao conceder a ordem, por entender ser ilegítima a recusa na expedição da certidão requerida. Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a falta de cumprimento de obrigação acessória, como a não apresentação de DIRF, ou mesmo, erro no seu preenchimento, não constituem óbice à expedição de certidão negativa de débitos. Precedentes.

4. Com a edição da Lei n.º 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei n.º 9.430/96, a compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação (§ 2º).

5. Na hipótese de não homologação cabe a interposição de manifestação de inconformidade e recurso ao Conselho de Contribuintes, instrumentos hábeis à suspensão da exigibilidade do crédito tributário enquanto pendentes de julgamento definitivo, nos termos do art. 151, III, do CTN, entendimento aplicável ainda que anteriormente à redação dada pela Lei n.º 10.833, de 2003.

6. Apelação e remessa oficial improvidas."

(AMS 00174653120034036100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2010 PÁGINA: 653 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (negritei)

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA. AUSÊNCIA DE ENTREGA DE DIRF. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. O artigo 5º, inciso XXXIV, letra "b", assegura o direito público subjetivo à expedição de certidões, titularizável por qualquer pessoa que delas necessite para a defesa de direitos ou o esclarecimento de situações. Por sua vez, os artigos 205, parágrafo único e 206 ambos do Código Tributário Nacional dispõem sobre a Certidão de Regularidade Fiscal.

2. A falta de entrega das DIRFs pelo contribuinte não tem o condão de impedir, por si só, a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa de débito por se tratar de obrigação acessória, e não um crédito tributário devidamente constituído pelo lançamento.

3. Com efeito, estabelece o art. 206 do Código Tributário Nacional que "tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa." Faz-se mister, conseqüentemente, para que a certidão positiva com efeitos de negativa não seja expedida, que exista crédito tributário vencido sem garantia executiva ou qualquer causa de suspensão da exigibilidade.

5. Nem se alegue que o art. 113, § 3º do Código Tributário Nacional impediria a expedição da certidão requerida. Prevê o dispositivo em comento que a obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. Não se dispensa, contudo, que a Administração Tributária proceda ao lançamento do tributo, convolvando a obrigação acessória em principal no que corresponde à penalidade pecuniária. Enquanto não o faz, deve emitir a certidão de regularidade fiscal.

6. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5000148-77.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: WILSON PALMA DE ANDRADE

Advogado do(a) PARTE AUTORA: BRENNANGY FRANY PEREIRA GARCIA - SP384100-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5000148-77.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: WILSON PALMA DE ANDRADE

Advogado do(a) PARTE AUTORA: BRENNANGYFRANYPEREIRA GARCIA - SP384100-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM COTIA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Wilson Palma de Andrade em face do Gerente Executivo do INSS – Agência de Cotia, objetivando que a autoridade impetrada conclua a análise do pedido administrativo de concessão de benefício previdenciário.

A análise do pedido liminar foi postergada para após a vinda das informações

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações.

O pedido liminar foi deferido.

Por meio da sentença (ID 134794806), o MM. Juiz *a quo* confirmou a liminar e concedeu a segurança pleiteada para determinar a conclusão da análise do pedido administrativo de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição (processo nº. 44233.381691/2017-20, NB 42/182.517.569-9), no prazo de 10 (dez) dias. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer (ID 140898403), opinou pelo desprovisionamento da remessa oficial.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000148-77.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: WILSON PALMA DE ANDRADE

Advogado do(a) PARTE AUTORA: BRENNANGYFRANYPEREIRA GARCIA - SP384100-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM COTIA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que o Órgão Especial desta E. Corte se manifestou no sentido de que cabe à Segunda Seção deste Tribunal o julgamento de mandado de segurança contra omissão de agente do INSS relativa à análise de pedido administrativo de aposentadoria. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA. ANDAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMORA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. O pedido do writ, demanda originária, busca sanar, tão-somente, a demora administrativa no julgamento do pedido formulado pelo impetrante (pedido administrativo de aposentadoria).

2. Compete às Turmas integrantes da Segunda Seção o processamento do mandamus. Precedente: TRF3, Órgão Especial, CC - 0014775-39.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3.Judicial1 DATA:16/05/2017.

3. Conflito improcedente.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21546 - 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 11/04/2018, e-DJF3.Judicial1 DATA:19/04/2018)

A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.

Ademais, a emenda Constitucional 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A fim de concretizar o princípio da eficiência e racionalizar a atividade administrativa, foram editadas leis que prescrevem prazos para conclusão de processos administrativos.

Dispõem artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal):

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em 30 (trinta) dias.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784 /99. VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO. ART. 5º, INCISO LV, DA CF/88. SENTENÇA MANTIDA.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado por Futurama Ribeirão Preto Com/ Imp/ e Exp/ Ltda com o objetivo de obter vistas para a extração de cópias dos processos administrativos mencionados na peça inicial. Argumenta a impetrante que protocolou os requerimentos de vista e cópia dos P.A. em 23/11/2011 e até a impetração do writ (09/01/2012) não foram analisados.

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo, 48, 49 e 24) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Além de não ter sido oferecida resposta ao requerimento da autora/impetrante em tempo razoável, houve afronta ao direito do administrado à ciência quanto ao trâmite do feito administrativo a ele concernente, como consignado pelo MPF nos termos previstos expressamente no artigo 3º, inciso II, da citada Lei n.º 9.784/99.

- O regramento destacado encontra supedâneo no disposto pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que consagra o direito ao contraditório, como corretamente assinalado pelo Juízo singular.

- Remessa oficial a que se nega provimento."(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 338433 - 0000052-87.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 07/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/07/2017)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784 /99. SENTENÇA MANTIDA.

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo 59, § 1º) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Dessa forma, apresentado o recurso administrativo em 31/05/2010, evidenciando-se que foi ultrapassado o prazo legal e que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, bem como o elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, proferisse decisão quanto ao recurso administrativo interposto. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja respondido.

- Remessa oficial a que se nega provimento."(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 338291 - 0005543-31.2011.4.03.6126, Rel. JUIZ CONVOCADO SIDMAR MARTINS, julgado em 17/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2016)

"PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB - CONSULTA ADMINISTRATIVA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB - LEGITIMIDADE - PEDIDO SEM RESPOSTA - VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - O impetrante protocolou consulta junto à E. Comissão de Ética e Disciplina da 22ª Subseção da OAB/SP objetivando esclarecer situação de seu interesse no tocante à possibilidade de utilização de peças de procedimentos administrativos instaurados contra si para instruir reclamações a serem propostas contra magistrados, não obtendo qualquer resposta. Correta, assim, a interposição da ação constitucional contra o Presidente do Tribunal de Ética, o qual tem competência para corrigir o ato impugnado. II - A Ordem dos Advogados do Brasil desempenha um serviço público (art. 44 da Lei nº 8.906/94) e, nessa qualidade, está obrigada a respeitar em seus procedimentos as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil (art. 68 da Lei nº 8.906/94). O pedido administrativo apresentado pelo impetrante enseja a abertura de um procedimento, o qual está sujeito à incidência de certos princípios, dentre os quais o do devido processo legal, o do impulso oficial e o da efetividade. III - O pedido de consulta apresentado à Comissão de Ética e Disciplina enseja ao impetrante o direito de obter uma resposta, seja ela qual for (CF, artigo 5º, XXXIII). Não se admite que a autoridade silencie, quede-se inerte sobre o pedido devidamente formulado. IV - Violado o direito líquido e certo do impetrante, o mandado de segurança há de ser provido para que seja emitida uma resposta ao pedido, no prazo razoável de 30 (trinta) dias. V - Apelação provida."(AMS 00098705020094036106, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/08/2012..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE INSCRIÇÃO NA OAB. INSTALAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANÁLISE DE IDONEIDADE MORAL. IMPETRANTE QUE RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LEI N.º 9.784/99. PRAZO. DECISÃO PENDENTE. MORA ADMINISTRATIVA. 1. Prevê a Constituição Federal no inciso LXXVIII do artigo 5º que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. 2. No mesmo sentido, dispõe os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, tendo a Administração o dever de emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Dispõe, ainda, que concluída a instrução do processo administrativo, a Administração tem prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 3. No caso dos autos, verifica-se da documentação juntada com a inicial que a fase de instrução do Procedimento Administrativo Disciplinar NOX-277.010, foi concluída em 25/09/2012, encontrando-se o feito pendente de julgamento após a apresentação das razões finais pelo impetrante em 03/10/2012. 4. Pela análise dos documentos juntados aos autos, verifica-se que o prazo estipulado no artigo 49 da Lei nº 9.784/99 já foi ultrapassado há bastante tempo restando configurada a existência de mora administrativa quanto ao julgamento do pedido de inscrição do impetrante perante os quadros da OAB. 5. Diante do escoamento do prazo fixado em lei, é fundamental que seja proferida decisão, independentemente do reconhecimento ou não da pretensão do impetrante. 6. A fim de evitar que os procedimentos se eternizem, em regra estipula-se um prazo para que as eventuais pendências em processos ou procedimentos sejam cumpridas, não podendo ficar o impetrante sem solução para o seu requerimento. 7. Se o impetrante deixou de providenciar informações que fossem do seu interesse, pode a OAB decidir com base no que já consta dos autos do procedimento administrativo. 8. Remessa oficial e apelação desprovidas."(AMS 00080212220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seu pedido.

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.
5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0001783-16.2015.4.03.6003

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: TRANSPANORAMA TRANSPORTES LTDA.
REPRESENTANTE: CLAUDIO COELHO ADAMUCHO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCOS ROGERIO SCIOLI - SP242838,

PARTE RE: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0001783-16.2015.4.03.6003

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: TRANSPANORAMA TRANSPORTES LTDA.

PARTE RE: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: CLAUDIO COELHO ADAMUCHO

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: MARCOS ROGERIO SCIOLI - SP242838

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por TRANSPANORAMA TRANSPORTES LTDA., em face de ato praticado pelo INSPETOR CHEFE DA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL, objetivando provimento jurisdicional para que o impetrado proceda a liberação dos CRLV dos veículos de sua propriedade, autuados em razão de modificação veicular (inserção de 4º eixo), bem como autorizar a circulação desses veículos, abstendo-se de aplicar multas em virtude dessa alteração.

Medida liminar deferida (fls. 96/99).

Notificada, a autoridade apontada coatora prestou informações (fls. 113/115).

O Ministério Público Federal na primeira instância, manifestou-se pela denegação da segurança (fls. 120/124).

Por meio da sentença, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança pleiteada. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário (fls. 128/131).

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer, opinou pela extinção do feito, sem resolução de mérito (fls. 135/142).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0001783-16.2015.4.03.6003

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: TRANSPANORAMA TRANSPORTES LTDA.

PARTE RE: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: CLAUDIO COELHO ADAMUCHO

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: MARCOS ROGERIO SCIOLI - SP242838

VOTO

A questão dos autos cinge-se em averiguar se o auto de infração lavrado pela autoridade impetrada e posterior apreensão do veículo e do respectivo CRLV, em razão de modificação veicular do 4º eixo, está em conformidade com as normas vigentes que regem a matéria.

Inicialmente, destaco os artigos 97 e 98 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro - CTB), o qual estabelece normas essenciais para o registro, licenciamento e circulação dos veículos:

"Art. 97- As características dos veículos, suas especificações básicas, configurações e condições essenciais para registro, licenciamento e circulação serão estabelecidos pelo CONTRAN, em função de suas aplicações.

Art. 98- Nenhum proprietário ou responsável poderá, sem prévia autorização da autoridade competente, fazer ordenar que sejam no veículo modificações de suas características de fábrica".

Por vez, o CONTRAN editou a Resolução nº 210, de 13/11/2013, que assim dispõe:

"Art. 1º- As dimensões autorizadas para veículos com ou sem carga são as seguintes:

(...)

§ 4º Não é permitida o registro e licenciamento de veículos cujas dimensões excedam as fixadas neste artigo, salvo nova configuração regulamentada pelo CONTRAN".

No caso dos autos, o veículo foi vistoriado e licenciado pelo DETRAN, o que gerou a certeza do impetrante de que poderia trafegar com segurança.

Outrossim, é bem verdade que o CONTRAN e o DENATRAM detêm competência para legislar sobre o tema, nos termos da Resolução nº 210/2013.

Todavia, em que pese a competência máxima de tais órgãos, os documentos que autorizam registro e circulação de veículos são expedidos pelos órgãos de trânsito de cada Estado, ou seja, para todo veículo é expedido um certificado de Licenciamento Anual (art. 130), sendo obrigatório seu porte (art. 133), o qual será vinculado ao Certificado de Registro no modelo e especificações estabelecidas pelo CONTRAN (art. 131).

Anota-se que o DETRAN, atualmente, somente autoriza a inclusão de um 4º eixo após emissão do Certificado de Segurança Veicular, conforme exigência estabelecida no item 35, do artigo da Portaria nº 1100/2011 do DENATRAM que descreve a modificação referente à suspensão/inclusão de eixo auxiliar, eixo direcional ou eixo autodirecional de "caminhão, caminhão trator, ônibus, reboques e semi-reboques", exigindo para essas modificações Certificado de Conformidade do INMETRO.

Todavia, mesmo devidamente registrado pelo órgão competente, o veículo do impetrante foi objeto de autuação, com a apreensão do CRLV, sob alegação de que estaria em desacordo com a Resolução 210, indicando que a distância entre os eixos não foi respeitada.

Sendo assim, entendo desarrazoado que o órgão de trânsito responsável pela emissão de certificados de registros e licenciamento autorize o veículo a trafegar, e contrariamente, venham órgãos reguladores do trânsito proibir a circulação do veículo, ou seja, o DETRAN, órgão competente, mediante avaliação prévia do órgão credenciado DENATRAM, aprovou tal alteração, presumindo que o veículo encontra-se apto ao transporte.

Destarte, se o caminhão foi aprovado em inspeção e emitido o certificado de segurança veicular e foi expedido o respectivo CRLV com anotações relativas aos números do motor, número do Certificado de Segurança Veicular e descrição das alterações realizadas no veículo, não poderia a autoridade impetrada ter apreendido a documentação questionada, vez que trata-se de documento público, não havendo controvérsia sobre sua autenticidade, pois a presunção de veracidade nele contida somente poderia ser afastada mediante comprovação de sua irregularidade formal ou material, por meio de processo judicial ou administrativo, providência esta não adotada.

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

E M E N T A

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. APREENSÃO DE VEÍCULO. DESCABÍVEL. IRREGULARIDADE. NÃO COMPROVADA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. O Código de Trânsito Brasileiro - CTB, estabelece normas essenciais para o registro, licenciamento e circulação dos veículos.
2. No caso dos autos, o veículo foi vistoriado e licenciado pelo DETRAN, o que gerou a certeza do impetrante de que poderia trafegar com segurança.
3. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003117-51.2002.4.03.6000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ALBUQUERQUE & LARA LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: JOAO RICARDO NUNES DIAS DE PINHO - MS8107-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003117-51.2002.4.03.6000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ALBUQUERQUE & LARA LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: JOAO RICARDO NUNES DIAS DE PINHO - MS8107-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por Albuquerque e Lara Ltda. em face da União Federal, objetivando obter provimento jurisdicional que anule os efeitos da opção equivocada pelo Simples quanto ao exercício de 1997 e ratificar a opção pela tributação sobre o lucro presumido. Requer o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 3º do art. 8º da Lei nº 9.317/96, por afronta ao princípio da irretroatividade das leis instituidoras de tributos e em caso de reconhecimento da opção pelo Simples que seja somente no ano de 1997.

Caso não seja acolhido o pedido principal, que seja determinada a realização de perícia para apurar se a diferença de valores entre o que ela pagou e o que ela supostamente deveria ter contribuído sob a rubrica Simples, corresponde ao montante exigido pela requerida. Caso não seja acolhido nenhum dos pedidos descritos acima, que sejam julgadas ilegítimas as exigências moratórias, a título de juros ou multa.

Alega a autora, ora apelante, que tem a sua contabilidade gerenciada por um contador o que permitiu que em 20/02/1997, firmasse adesão ao sistema de tributação denominado Simples. Aduz que, não obstante essa formal adesão, exerceu a opção de tributação por via do IRPJ por lucro presumido, tendo recolhido aos cofres públicos federais valores calculados conforme as regras aplicáveis ao IRPJ e também sobre essa rubrica.

Afirma que efetuou nos anos de 1997, 1998 e 1999 os recolhimentos federais sob a rubrica e valores pertinentes ao IRPJ e após constatar o equívoco dirigiu-se à Receita Federal para que pudesse deixar clara sua opção pelo IRPJ sobre o lucro presumido, tendo sido informado que deveria efetuar o pedido de restituição dos tributos pagos indevidamente. Todavia, no transcurso do procedimento, a requerida concluiu que ela tinha um débito e não um crédito, relativo a aquelas diferenças entre o que foi recolhido a título de IRPJ sobre o lucro presumido e o que, na opinião da requerida, deveria ter sido recolhido sob a rubrica do Simples.

Alega que tal conclusão é despropositada na medida em que a opção pelo Simples decorreu de erro de fato, que a opção pelo lucro presumido se deu em momento anterior, vinculando todo o exercício financeiro, não podendo se admitir a irretroatividade dos efeitos à adesão do Simples, como quer o § 3º do art. 8 da Lei nº 9.317/96.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido, em parte, às fls. 169/170, para excluir o nome da autora dos cadastros de inadimplentes. Contra essa decisão foram interpostos agravos de instrumento de ambas as partes (fls.175-183 e 184/185).

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou improcedente a ação e indeferiu a inicial quanto ao pedido de prova pericial por falta de pedido certo e determinado, nos termos do art. 282, IV, 286 e 295, I do CPC/73. Condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$500,00, nos termos do art. 20, §4º do CPC/73 (fls. 273/281 Id 95235129).

Apela a autora, requerendo a reforma da r. sentença, alegando que ao extermar sua vontade de opção pelo Simples, incorreu em erro de fato em razão de que, não tinha conhecimento de que tal fato implicaria na exclusão da tributação por meio do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica calculado com base no lucro presumido e que não teria a apelante optada pelo regime do SIMPLES caso soubesse das reais circunstâncias. Aduz, ainda que a vigência da mesma deveria se dar tão somente no ano de 1997, não podendo ser estendida aos anos de 1998 e 1999, não havendo como subsistir a conduta do fisco de tentar obrigar a apelante a se submeter à sistemática do SIMPLES nos exercícios posteriores ao período em que se deu a adesão. Por fim, insurge-se contra a aplicação da taxa Selic (fls. 286/294).

Com contrarrazões, os autos foram encaminhados a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003117-51.2002.4.03.6000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ALBUQUERQUE & LARA LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: JOAO RICARDO NUNES DIAS DE PINHO - MS8107-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A autora, ora apelante, ajuizou Ação Anulatória de Débito Fiscal, com o objetivo de reconhecer a existência de erro fundado da declaração de adesão ao SIMPLES, anulando os efeitos da equivocada opção 'formal' efetivada pela apelante quanto ao exercício de 1997.

Alega que não teria optado pelo regime de tributação do SIMPLES caso soubesse das reais circunstâncias, já que este regime revela-se muito mais oneroso do que o IRPJ calculado com base no lucro presumido.

Pois bem. Nos termos do art. 16 da Lei Complementar nº 123/2006, "a opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irrevogável para todo o ano-calendário".

É bem de ver que tanto a opção de arrecadação pelo sistema Simples como sua exclusão são atos de vontade do contribuinte e devem obedecer ao estipulado na lei de regência. Com relação à exclusão, esta poderá ser realizada mediante comunicação do contribuinte, a qualquer tempo, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro do ano-calendário, se comunicada no próprio mês de janeiro ou, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, se comunicada nos demais meses.

Na espécie, a apelante não requereu sua exclusão do SIMPLES, tendo recorrido ao Judiciário para invalidar tal opção firmada em 1997, já que concluiu ser ela mais gravosa.

Ora, a opção por regime menos vantajoso não confere ao contribuinte direito à revisão, nem mesmo no exercício a que se refere, e menos ainda com efeitos retroativos.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de vedar a alteração de regimes tributários livremente escolhidos pelo contribuinte, porquanto além de restringida legalmente, interfere diretamente na organização administrativa e orçamentária da Administração Tributária.

Nesse sentido, colaciono julgados:

TRIBUTÁRIO. LUCRO PRESUMIDO. OPÇÃO DO CONTRIBUINTE. ALTERAÇÃO PARA LUCRO REAL. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ALTERAÇÃO RETROATIVA. INVIALIBILIDADE. 1. É de livre iniciativa do contribuinte a opção pelo regime tributário do lucro presumido, onde este pondera qual opção lhe será mais favorável, assumindo, em contraposição, os riscos inerentes a tal regime.

2. O art. 26 da Lei n. 9.430/96, ao tratar da opção pelo regime do lucro presumido, possibilitou a mudança para o lucro real, desde que preenchidos os requisitos legais, qual seja, até a entrega da declaração de rendimentos e antes do procedimento fiscal, o que não se amolda à hipótese dos autos, pois o contribuinte já havia promovido a entrega da declaração.

3. Inviável a migração de regime fora dos prazos estabelecidos, porquanto restringida não apenas pelos imperativos legais impostos na lei, mas também pelos imperativos de organização administrativa e orçamentária.

4. A alteração de regime produz efeitos bem mais amplos do que a simples forma de apuração, provocando revisão de valores de crédito aproveitado e, conseqüentemente, de tributos recolhidos. Certamente a opção é deixada à escolha do contribuinte, mas há regras de forma e de tempo para seu exercício, cabendo-lhe certificar-se de que a opção que vem a fazer é a mais benéfica. A opção por regime menos vantajoso não lhe confere direito à revisão, nem mesmo no exercício a que se refere, e menos ainda com efeitos retroativos.

5. A jurisprudência desta Corte firma-se no sentido de repelir a alteração de regimes tributários perpetrada ao livre anseio do contribuinte, em desconformidade com a legislação de regência, pois não se pode conceber que somente o contribuinte seja beneficiado na relação jurídico-tributária sem que também se preserve o interesse do Fisco, especialmente quando já considerada a livre manifestação de vontade do optante. Recurso especial provido.

(STJ, RESP 201101664184, Segunda Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 09/12/2013)

TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. LEI 9.363/96. LEI 10.276/2001. MIGRAÇÃO RETROATIVA. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 420/04.

1. A Lei 10.276/01, em seu art. 1º, estabeleceu uma alternativa à sistemática de apuração do crédito-presumido de IPI prevista na Lei nº 9.363/96, e não um regime substitutivo.
2. A IN SRF 420/01, ao vedar a possibilidade de migração de regime, não ostenta qualquer ilegalidade, já que regulamentou a sistemática alternativa de apuração do crédito-presumido de IPI com base em delegação constante da própria Lei 10.276/01.
3. O contribuinte tem o direito de optar pelo regime que lhe seja mais favorável. Realizada a opção, não poderá retificá-la dentro do mesmo ano-calendário ou, ainda, em relação a exercícios anteriores. O fato de ter optado por um regime mais oneroso, mesmo que por desconhecimento, não gera o direito à aplicação retroativa da sistemática mais vantajosa. O pagamento feito corretamente, com base na opção exercida não gera pagamento indevido e, portanto, não dá direito a qualquer compensação.
4. Realizada a opção pelo contribuinte, o crédito-presumido assim calculado e aproveitado é ato jurídico perfeito, não comportando modificação senão em virtude de erro quanto às disposições normativas da própria lei que rege a sistemática escolhida.
5. Recurso especial não provido.

(REsp 1002855/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 15/04/2008)

No mesmo sentido, trago julgados desta E. Corte:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COFINS E CSLL. RECOLHIMENTO NA FORMA DO LUCRO PRESUMIDO. PEDIDO DE INCLUSÃO NO SIMPLES COM EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE. APELO DA UNIÃO PROVIDO.

1. A embargante recolheu COFINS nos anos de 1997 a 2000 pela forma de tributação do lucro presumido (cód. 2172) e CSLL (cód. 2372). Apresentou declaração de imposto de renda do período mencionado, na forma do regime tributário do SIMPLES. Requeveu a inclusão no SIMPLES com efeito retroativo.
2. O art. 147, § 2º, do CTN não autoriza o Fisco a promover, de ofício, a migração de regime tributário diverso daquele que o contribuinte vinha livremente exercendo.
3. Deve ser repelida a retroatividade do regime mais benéfico. Conforme jurisprudência do C. STJ., a alteração de regime produz efeitos bem mais amplos do que a simples forma de apuração provocando revisão de valores de crédito aproveitado e, conseqüentemente, de tributos recolhidos e, embora a opção é deixada à escolha do contribuinte, há regras de forma e de tempo para seu exercício. Vide julgados.
4. Apelo da União provido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1718765 - 0005698-21.2012.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 03/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/10/2018)

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PIS. IRPJ. SIMPLES. MULTA POR ATRASO NA ENTREGA DE DCTF. OPÇÃO INEXISTENTE. ENTREGA DE DECLARAÇÃO PELO REGIME COMUM. TRIBUTOS CONSTITUÍDOS ATRAVÉS DE TERMO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MULTA POR AUTO DE INFRAÇÃO. COMPENSAÇÃO INDEFERIDA. IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS DO DEVEDOR. SUCUMBÊNCIA. SÚMULA 168/TFR.

1. A mera entrega de declaração anual simplificada não é suficiente para enquadrar o contribuinte no regime tributário simplificado - SIMPLES, que depende da iniciativa da opção e cumprimento dos requisitos legais específicos. A revisão de ofício da declaração, nos termos do artigo 147, § 2º, CTN, não permite ao Fisco substituir o contribuinte na sua iniciativa de aderir ao SIMPLES, até porque se trata de opção, mas sujeita à comprovação do preenchimento dos requisitos legais específicos.
2. Não tendo optado pelo SIMPLES anteriormente a 01/01/2001, os tributos executados, PIS e IRPJ, são devidos na forma de legislação comum, sujeitos à declaração, embora no caso tais créditos tenham sido constituídos por meio de termo de confissão espontânea. Em relação ao SIMPLES, a execução fiscal refere-se a período-base posterior à opção, com efeitos a partir de 2001 e, quanto à multa por atraso na entrega de informes fiscais, resultou de constituição por auto de infração.
3. A compensação, indeferida administrativamente, não teria efeito em relação aos tributos executados, pois partiu da inexigibilidade de CSL e COFINS para extinguir créditos tributários do SIMPLES, mas de período distinto do cobrado na execução fiscal que, além do mais, abrange PIS e IRPJ, tributos não tratados na compensação pleiteada e indeferida.
4. Improcedência dos embargos do devedor; afastada a condenação em verba honorária, nos termos da Súmula 168/TFR: apelação e remessa oficial, tida por submetida, providas.

(TRF3, AC 0038311-89.2015.4.03.9999/MS, Terceira Turma, Desembargador Federal CARLOS MUTA, D.E.15/01/2016)

Também não há que se falar em erro substancial, uma vez que como bem assentado pelo r. Juízo de piso, a recorrente foi assessorada por profissional da área, de modo que não restou caracterizada a viabilidade existencial de quaisquer dos vícios de manifestação de vontade com força suficiente para sustentar a anulação de atos ou negócios jurídicos neles alicerçados.

Quanto à alegada inconstitucionalidade do §3º do art. 8º da Lei nº 9.317/96, sem razão à apelante, visto que o referido parágrafo determina apenas que os efeitos da opção pelo SIMPLES, não fazendo qualquer menção sobre criar ou majorar tributos, de modo que não há que se falar em afronta ao princípio da irretroatividade das leis instituidoras de tributos.

Por fim, quanto à utilização da taxa SELIC, igualmente não se justifica o inconformismo da recorrente, porquanto os juros foram cobrados em consonância com a legislação em vigor, sendo que as disposições do parágrafo 1º, do artigo 161, do Código Tributário Nacional, relativas aos juros no percentual de 1% ao mês só prevaleceram nos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 9.250/95.

Conclui-se então, que a sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUINTE OPTANTE DO SISTEMA SIMPLES. ALTERAÇÃO PARA LUCRO PRESUMIDO. ALEGAÇÃO DE ERRO. INVIABILIDADE.

1. Tanto a opção de arrecadação pelo sistema Simples como sua exclusão são atos de vontade do contribuinte e devem obedecer ao estipulado na lei de regência. Com relação à exclusão, esta poderá ser realizada mediante comunicação do contribuinte, a qualquer tempo, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro do ano-calendário, se comunicada no próprio mês de janeiro ou, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, se comunicada nos demais meses.
2. Na espécie, a apelante não requereu sua exclusão do SIMPLES, tendo recorrido ao Judiciário para invalidar tal opção firmada em 1997, já que concluiu ser ela mais gravosa. Ora, a opção por regime menos vantajoso não confere ao contribuinte direito à revisão, nem mesmo no exercício a que se refere, e menos ainda com efeitos retroativos.
3. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de vedar a alteração de regimes tributários livremente escolhidos pelo contribuinte, porquanto além de restringida legalmente, interfere diretamente na organização administrativa e orçamentária da Administração Tributária.

4. Não há que se falar em erro substancial, uma vez que como bem assentado pelo r. Juízo de piso, a recorrente foi assessorada por profissional da área, de modo que não restou caracterizada a viabilidade existencial de quaisquer dos vícios de manifestação de vontade com força suficiente para sustentar a anulação de atos ou negócios jurídicos neles alicerçados.

5. Quanto à alegada inconstitucionalidade do §3º do art. 8º da Lei nº 9.317/96, sem razão à apelante, visto que o referido parágrafo determina apenas que os efeitos da opção pelo SIMPLES, não fazendo qualquer menção sobre criar ou majorar tributos, de modo que não há que se falar em afronta ao princípio da irretroatividade das leis instituidoras de tributos.

6. Quanto à utilização da taxa SELIC, igualmente não se justifica o inconformismo da recorrente, porquanto os juros foram cobrados em consonância com a legislação em vigor, sendo que as disposições do parágrafo 1º, do artigo 161, do Código Tributário Nacional, relativas aos juros no percentual de 1% ao mês só prevaleceram nos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 9.250/95.

7. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022333-40.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: JOSE ALBINO LENTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: DAVID GOMES DE SOUZA - SP109751-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022333-40.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: JOSE ALBINO LENTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: DAVID GOMES DE SOUZA - SP109751-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto por José Albino Lento contra a r. decisão (ID 1393841) proferida pelo MM Juízo *a quo* que rejeitou a Exceção de Pré-Executividade oposta, por entender não ter sido operada a decadência ou prescrição alegada, bem como por se entender que não há qualquer irregularidade no título executivo, que goza de presunção de certeza e liquidez.

Alegou o agravante ser nula a CDA, haver divergência entre o período previsto no Mandado de Procedimento Fiscal e o do Termo de Início de Fiscalização; necessidade de prévio procedimento administrativo para acesso a informações financeiras em instituição bancária; configuração de decadência quanto aos créditos do exercício de 1997; prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo, nos termos do art. 24 da Lei 11.457/2007.

Contraminuta apresentada pela União Federal (ID 1581967).

Indeferida a antecipação da tutela recursal (ID 3392512).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022333-40.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: JOSE ALBINO LENTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: DAVID GOMES DE SOUZA - SP109751-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, sabe-se que a denominada "Exceção de Pré-Executividade" admite a defesa do executado sem a garantia do juízo somente nas hipóteses excepcionais de ilegitimidade de parte ou pagamento documentalmente comprovados, cancelamento de débito, anistia, remissão e outras situações reconhecíveis de plano, ou seja, a sua admissibilidade deve basear-se em prova inequívoca não sendo cabível nos casos em que há necessidade de produção de provas ou mesmo quando o magistrado entender ser pertinente ouvir a parte contrária para o seu convencimento.

Remansoso o entendimento jurisprudencial no sentido de que "Na execução fiscal, com o título revestido de presunção de liquidez e certeza, a exequente nada tem que provar. Opondo embargos, o devedor terá que desconstituir o título. Se nada provar, a pretensão resistida será desmerecida e, com o prosseguimento da execução, será agasalhada a pretensão satisfeita. Não é a embargada que irá robustecer o seu título, mas o embargante que terá que enfraquecê-lo..." (v. Acórdão da 5ª T. do extinto E. Tribunal Federal de Recursos, na Apel.Cív.nº 114.803-SC; rel. Min. Sebastião Reis- 'Boletim AASP nº 1465/11').

A fim de pacificar o entendimento, destaco, ainda, que o C.STJ tratou do tema por meio da edição da Súmula nº 393, abaixo transcrita:

"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória."

Desse modo, a teor do já exposto por ocasião da apreciação do pedido de liminar, *"limitar-se-á esta Relatoria ao exame das matérias pertinentes e próprias de serem examinadas em sede de exceção de pré-executividade e que já foram enfrentadas pelo r. Juízo de 1º Grau, sob pena de supressão de instância"*.

Prossigo.

A prestação de informações de movimentação financeira pelas instituições financeiras para a Receita Federal não constitui qualquer ilegalidade ou violação ao disposto pelo art. 5º, X e XII, da Constituição Federal; em específico, o art. 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar 105/2001 prevê quais as condições para que assim ocorra, conforme colacionado:

LC 105/2001

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

A 1ª Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.134.665/SP, submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consolidou o entendimento de que a prestação de informações pelas instituições financeiras, para fins de constituição de crédito tributário, é autorizada pela Lei nº 8.021/1990 e pela Lei Complementar nº 105/2001, normas procedimentais de aplicação é imediata. Referido julgamento esclareceu que a Lei Complementar nº 105/2001 revogou expressamente o artigo 38 da Lei nº 4.595/1964, que previa a quebra do sigilo bancário apenas mediante autorização judicial.

Ao apreciar o tema por ocasião do julgamento do RE 601.314/SP, o Pleno do Supremo Tribunal Federal igualmente concluiu não haver violação ao sigilo bancário, mas mera transferência do dever do sigilo à Receita Federal, dado o condicionamento da prestação de informações ao fim a que se destina, havendo proteção contra o acesso de terceiros ou violação ao direito de privacidade; ademais, avaliou não haver infração ao princípio da irretroatividade, expresso pelo art. 5º, XXXVI, da CF, haja vista o caráter instrumental da norma autorizadora, atraindo a incidência do art. 144, §1º, do CTN.

Nesse sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

6. Fixação de tese em relação ao item "a" do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: "O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal".

7. Fixação de tese em relação ao item "b" do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: "A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN".

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

No caso em tela, indubitável haver procedimento fiscal em curso quando da requisição de informações financeiras (ID 1393895), não demonstradas as alegadas divergências de período entre autorizações e procedimentos.

Igualmente não há que se falar na decadência dos créditos do exercício de 1997.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o quer for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Caso não declarados, os créditos se sujeitam ao prazo decadencial, nos termos do art. 173, I, do CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Conforme o Auto de Infração, o crédito tributário mais antigo se refere ao período de apuração de 10.01.1997, de modo que o termo inicial do prazo decadencial teve início em 01.01.1998.

Ora, o Auto de Infração foi lavrado em 24.12.2002, com notificação ao contribuinte em 26.12.2002, razão pela qual não há como se falar em decadência do respectivo crédito tributário.

A alegação de que ocorreu prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo fiscal é lastreada no art. 24 da Lei 11.457/2007, abaixo colacionado:

Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Embora o processo administrativo tenha perdurado de 16.06.2004 até 2015, quando foi definitivamente julgado pelo CARF (ID 1393894), o próprio acompanhamento processual demonstra que a ora agravante apresentou diversos recursos ao longo do período em questão, reiniciando em diversas ocasiões o prazo previsto pelo dispositivo; ademais, embora a demora superior a 360 dias possa ensejar a ingerência do Poder Judiciário, não enseja a prescrição intercorrente, tanto por assim não prever o dispositivo invocado quanto pela suspensão da exigibilidade em virtude da própria discussão na via administrativa, nos termos do art. 151, III, do CTN.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA DO ART. 23, § 2º DA LEI 4.131/62. ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 174, DO CTN.

(...)

7. O recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário, enquanto perdurar o contencioso administrativo, nos termos do art. 151, III do CTN, desde o lançamento (efetuado concomitantemente com auto de infração), momento em que não se cogita do prazo decadencial, até seu julgamento ou a revisão ex officio, sendo certo que somente a partir da notificação do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional, afastando-se a incidência prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal, pela ausência de previsão normativa específica.

8. A natureza tributária do crédito, reconhecida na sentença e no acórdão recorrido, advém da Lei 4.131/62, que estabelece procedimentos para a fiscalização das operações cambiais no mercado de taxa livre, utilizado na tributação da renda obtida nas diferenças cambiais positivas - ganho de capital.

9. A multa fiscal subsume-se aos prazos de prescrição estabelecidos pelo direito tributário, restando inaplicável o art. 114, I do Código Penal, pois a sua natureza jurídica não está ligada ao crime.

10. In casu, os fatos que originaram a multa fiscal vinculada a nenhum ilícito penal, nos termos do art. 23, § 2º da Lei 4.131/62, ocorreram em 1978, a instauração do processo administrativo para apurar o evento se deu em 23.04.80 e a notificação da penalização fiscal sucedeu-se em 26.11.90, recorrendo a empresa, administrativamente, em 14.01.91. Entretanto, considerando-se que, no lapso temporal que permeia o lançamento e a solução administrativa não corre o prazo prescricional, ficando suspensa a exigibilidade do crédito até a notificação da decisão administrativa, ocorrida em 07.08.96, exsurge, inequivocamente, a inoccorrência da prescrição, porquanto a empresa recorrente, impetrou o mandado de segurança em 25.11.96, suprimindo a necessidade da ação fiscal.

11. A título de argumento obiter dictum impõe-se esclarecer: a) é que em princípio a norma encerraria técnica de natureza de fiscalização cambial. Entretanto, essa informação também é utilizada para fins de verificação de ganhos de capital por parte das contratantes brasileiras (imposto de renda na fonte), decorrente da diferença positiva do câmbio. Tanto a sentença, quanto o acórdão recorrido reconheceram natureza tributária à multa, merce de que a Lei 4.131/62 conta com diversos dispositivos tributários, motivo pelo qual baseei o voto nessa premissa; b) tratando-se de multa tributária, conforme o entendimento já exposto no voto, não se poderia aduzir à prescrição intercorrente, pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário, porquanto não há como se prescrever algo que não se pode executar, sendo certo que o PAF (Decreto 70.235/72) nunca aventou a possibilidade de prescrição intercorrente; e c) ad argumentandum tantum, ainda que se pretenda considerar a multa com a natureza administrativa, também haveria um vácuo legislativo, uma vez que somente com o advento da Lei 9.873 de 23.11.99 foi prevista a prescrição do processo administrativo, no mesmo sentido do art. 4º do Decreto 20.910/32, o que impediria a fluência do lapso prescricional. 12. Recurso especial desprovido.

(STJ, REsp 840111/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02.06.2009, DJe de 01.07.2009)

AÇÃO ORDINÁRIA - TRIBUTÁRIO - RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE DE JULGAMENTO - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO - INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE ADMINISTRATIVA - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO

Não prospera a tese recursal, vez que, durante o curso do processo administrativo, em razão de defesa ofertada pelo próprio contribuinte, a exigibilidade do crédito tributário permanece suspensa, art. 151, III, CTN, não havendo de se falar em prescrição qualquer, inclusive intercorrente. Precedentes.

Se, sob a óptica privada, vulnerado o princípio da razoável duração do processo administrativo, evidente que deveria ajuizar ação com o objetivo de compelir o Poder Público a definitivamente apreciar a contenda, se presente injustificada demora. Improvimento à apelação. Improcedência ao pedido.

(TRF3 - Ap 00005113720144036127, JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/12/2017)

Diante do exposto, nego provimento ao Agravo de Instrumento, nos termos da fundamentação.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS. RE 601.314/SP. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 24 DA LEI 11.457/2007. INOCORRÊNCIA.

1. A prestação de informações de movimentação financeira pelas instituições financeiras para a Receita Federal não constitui qualquer ilegalidade ou violação ao disposto pelo art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, em específico, o art. 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar 105/2001 prevê quais as condições para que assim ocorra,
2. A 1ª Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.134.665/SP, submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consolidou o entendimento de que a prestação de informações pelas instituições financeiras, para fins de constituição de crédito tributário, é autorizada pela Lei nº 8.021/1990 e pela Lei Complementar nº 105/2001, normas procedimentais de aplicação é imediata. Referido julgamento esclareceu que a Lei Complementar nº 105/2001 revogou expressamente o artigo 38 da Lei nº 4.595/1964, que previa a quebra do sigilo bancário apenas mediante autorização judicial.
3. Ao apreciar o tema por ocasião do julgamento do RE 601.314/SP, o Pleno do Supremo Tribunal Federal igualmente concluiu não haver violação ao sigilo bancário, mas mera transferência do dever do sigilo à Receita Federal, dado o condicionamento da prestação de informações ao fim a que se destina, havendo proteção contra o acesso de terceiros ou violação ao direito de privacidade; ademais, avaliou não haver infração ao princípio da irretroatividade, expresso pelo art. 5º, XXXVI, da CF, haja vista o caráter instrumental da norma autorizadora, atraindo a incidência do art. 144, §1º, do CTN.
4. No caso em tela, indubitável haver procedimento fiscal em curso quando da requisição de informações financeiras (ID 1393895), não demonstradas as alegadas divergências de período entre autorizações e procedimentos.
5. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Caso não declarados, os créditos se sujeitam ao prazo decadencial, nos termos do art. 173, I, do CTN.
6. Conforme o Auto de Infração, o crédito tributário mais antigo se refere ao período de apuração de 10.01.1997, de modo que o termo inicial do prazo decadencial teve início em 01.01.1998. Ora, o Auto de Infração foi lavrado em 24.12.2002, com notificação ao contribuinte em 26.12.2002, razão pela qual não há como se falar em decadência do respectivo crédito tributário.
7. A alegação de que ocorreu prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo fiscal é lastreada no art. 24 da Lei 11.457/2007, abaixo colacionado.
8. Embora o processo administrativo tenha perdurado de 16.06.2004 até 2015, quando foi definitivamente julgado pelo CARF (ID 1393894), o próprio acompanhamento processual demonstra que a ora agravante apresentou diversos recursos ao longo do período em questão, reiniciando em diversas ocasiões o prazo previsto pelo dispositivo; ademais, embora a demora superior a 360 dias possa ensejar a ingerência do Poder Judiciário, não enseja a prescrição intercorrente, tanto por assim não prever o dispositivo invocado quanto pela suspensão da exigibilidade em virtude da própria discussão na via administrativa, nos termos do art. 151, III, do CTN.
9. Agravo de Instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012933-09.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: WILSON CASADEI

Advogados do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA MARIA NOGUEIRA DA SILVA BARBOSA DOS SANTOS - SP105476-A, ANDREIA SILVA MUNIZ ROSSI - SP393155-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012933-09.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: WILSON CASADEI

Advogados do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA MARIA NOGUEIRA DA SILVA BARBOSA DOS SANTOS - SP105476-A, ANDREIA SILVA MUNIZ ROSSI - SP393155-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por WILSON CASADEI, em face do CHEFE DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DIGITAL SÃO PAULO - LESTE, com pedido liminar, objetivando que seja determinado à Autoridade Impetrada que dê o devido processamento de seu requerimento de benefício previdenciário naquela esfera administrativa.

Foi deferida a liminar.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações.

Por meio da sentença (ID 139309630), o MM. Juiz *a quo* confirmou a liminar deferida e concedeu a segurança pleiteada. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer (ID 139712939), opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5012933-09.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: WILSON CASADEI

Advogados do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA MARIA NOGUEIRA DA SILVA BARBOSA DOS SANTOS - SP105476-A, ANDREIA SILVA MUNIZ ROSSI - SP393155-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que o Órgão Especial desta E.Corte se manifestou no sentido de que cabe à Segunda Seção deste Tribunal o julgamento de mandado de segurança contra omissão de agente do INSS relativa à análise de pedido administrativo de aposentadoria. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA. ANDAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMORA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. O pedido do writ, demanda originária, busca sanar, tão-somente, a demora administrativa no julgamento do pedido formulado pelo impetrante (pedido administrativo de aposentadoria).

2. Compete às Turmas integrantes da Segunda Seção o processamento do mandamus. Precedente: TRF3, Órgão Especial, CC - 0014775-39.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2017.

3. Conflito improcedente.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21546 - 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 11/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2018)

A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.

Ademais, a emenda Constitucional 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A fim de concretizar o princípio da eficiência e racionalizar a atividade administrativa, foram editadas leis que prescrevem prazos para conclusão de processos administrativos.

Dispõem os artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal):

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em 30 (trinta) dias.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784 /99. VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO. ART. 5º, INCISO LV, DA CF/88. SENTENÇA MANTIDA.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado por Futurama Ribeirão Preto Com/ Imp/ e Exp/ Ltda com o objetivo de obter vistas para a extração de cópias dos processos administrativos mencionados na peça inicial. Argumenta a impetrante que protocolou os requerimentos de vista e cópia dos P.A. em 23/11/2011 e até a impetração do writ (09/01/2012) não foram analisados.

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo, 48, 49 e 24) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Além de não ter sido oferecida resposta ao requerimento da autora/impetrante em tempo razoável, houve afronta ao direito do administrado à ciência quanto ao trâmite do feito administrativo a ele concernente, como consignado pelo MPF nos termos previstos expressamente no artigo 3º, inciso II, da citada Lei n.º 9.784/99.

- O regramento destacado encontra supedâneo no disposto pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que consagra o direito ao contraditório, como corretamente assinalado pelo Juízo singular.

- Remessa oficial a que se nega provimento. "(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 338433 - 000052-87.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 07/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/07/2017)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784 /99. SENTENÇA MANTIDA.

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo 59, § 1º) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Dessa forma, apresentado o recurso administrativo em 31/05/2010, evidenciando-se que foi ultrapassado o prazo legal e que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, bem como o elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, proferisse decisão quanto ao recurso administrativo interposto. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja respondido.

- Remessa oficial a que se nega provimento. "(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 338291 - 0005543-31.2011.4.03.6126, Rel. JUIZ CONVOCADO SIDMAR MARTINS, julgado em 17/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2016)

"PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB - CONSULTA ADMINISTRATIVA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB - LEGITIMIDADE - PEDIDO SEM RESPOSTA - VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - O impetrante protocolou consulta junto à E. Comissão de Ética e Disciplina da 22ª Subseção da OAB/SP objetivando esclarecer situação de seu interesse no tocante à possibilidade de utilização de peças de procedimentos administrativos instaurados contra si para instruir reclamações a serem propostas contra magistrados, não obtendo qualquer resposta. Correta, assim, a interposição da ação constitucional contra o Presidente do Tribunal de Ética, o qual tem competência para corrigir o ato impugnado. II - A Ordem dos Advogados do Brasil desempenha um serviço público (art. 44 da Lei n.º 8.906/94) e, nessa qualidade, está obrigada a respeitar em seus procedimentos as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil (art. 68 da Lei n.º 8.906/94). O pedido administrativo apresentado pelo impetrante enseja a abertura de um procedimento, o qual está sujeito à incidência de certos princípios, dentre os quais o do devido processo legal, o do impulso oficial e o da efetividade. III - O pedido de consulta apresentado à Comissão de Ética e Disciplina enseja ao impetrante o direito de obter uma resposta, seja ela qual for (CF, artigo 5º, XXXIII). Não se admite que a autoridade silencie, quede-se inerte sobre o pedido devidamente formulado. IV - Violado o direito líquido e certo do impetrante, o mandado de segurança há de ser provido para que seja emitida uma resposta ao pedido, no prazo razoável de 30 (trinta) dias. V - Apelação provida."(AMS 00098705020094036106, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/08/2012. FONTE_REPUBLICACAO:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE INSCRIÇÃO NA OAB. INSTALAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANÁLISE DE IDONEIDADE MORAL. IMPETRANTE QUE RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LEI N.º 9.784/99. PRAZO. DECISÃO PENDENTE. MORA ADMINISTRATIVA. I. Prevê a Constituição Federal no inciso LXXVIII do artigo 5º que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. 2. No mesmo sentido, dispõe os artigos 48 e 49 da Lei n.º 9.784/99, tendo a Administração o dever de emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Dispõe, ainda, que concluída a instrução do processo administrativo, a Administração tem prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 3. No caso dos autos, verifica-se da documentação juntada com a inicial que a fase de instrução do Procedimento Administrativo Disciplinar NOX-277.010, foi concluída em 25/09/2012, encontrando-se o feito pendente de julgamento após a apresentação das razões finais pelo impetrante em 03/10/2012. 4. Pela análise dos documentos juntados aos autos, verifica-se que o prazo estipulado no artigo 49 da Lei n.º 9.784/99 já foi ultrapassado há bastante tempo restando configurada a existência de mora administrativa quanto ao julgamento do pedido de inscrição do impetrante perante os quadros da OAB. 5. Diante do escoamento do prazo fixado em lei, é fundamental que seja proferida decisão, independentemente do reconhecimento ou não da pretensão do impetrante. 6. A fim de evitar que os procedimentos se eternizem, em regra estipula-se um prazo para que as eventuais pendências em processos ou procedimentos sejam cumpridas, não podendo ficar o impetrante sem solução para o seu requerimento. 7. Se o impetrante deixou de providenciar informações que fossem do seu interesse, pode a OAB decidir com base no que já consta dos autos do procedimento administrativo. 8. Remessa oficial e apelação desprovidas."(AMS 00080212220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2015. FONTE_REPUBLICACAO:.)

Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seu pedido.

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI N.º 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.

2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.

4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.

5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 0012179-23.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PANALPINA LTDA

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

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Pedido de substituição do depósito judicial por equipamentos formulado por PANALPINA LTDA., com a consequente manutenção da suspensão da exigibilidade do crédito tributário (Id. 131043756).

Alega, em síntese, que:

- a) é notório o avanço da pandemia oriunda da COVID-19 e da crise desenfreada instalada que causa pânico, incertezas e irreparáveis perdas de vidas;
- b) a adoção da medida de isolamento social, embora necessária, resulta em graves prejuízos na medida em que paralisa diversos setores do mercado, com exceção dos denominados “serviços essenciais”, o que contribui com o desemprego, diminuição da expectativa de crescimento do PIB e assolamento da economia;
- c) a petionária tem-se adequado à nova realidade de retração e busca, diariamente, alternativas que possam fortalecer a manutenção de empregos e a conservação das suas atividades;
- d) na condição de agente de cargas, exerce papel extremamente relevante no cenário nacional e desempenha atividade intermediária no setor de transporte internacional de cargas e seus diversos modais (marítimo, aéreo, rodoviário etc.);
- e) para a manutenção dos serviços prestados, é imprescindível que mantenha um fluxo de caixa razoável, suficiente para cobrir as diversas despesas geradas em razão das operações junto aos seus subcontratados, fornecedores, clientes e principalmente aos colaboradores;
- f) após a distribuição da ação, realizou um depósito judicial no montante de R\$ 5.000,00 com o objetivo de garantir o juízo e suspender a exigibilidade do crédito tributário;
- g) à vista do atual cenário econômico, não há razão para a manutenção da indisponibilidade dos valores depositados, porquanto poderá dificultar a atividade empresarial da requerente;
- h) o que se pleiteia é que os valores depositados possam ser substituídos por equipamentos de alto valor, que compõem as instalações de uma câmara fria, o que trará fôlego e um aporte financeiro para reforçar o caixa da petionária;
- i) os bens oferecidos são considerados de alta liquidez pelo mercado e apenas o equipamento relativo à nota fiscal 04752, composto por conjunto industrial frigorífico com compressores, foi adquirido por R\$2.000.000,00, valor suficiente para garantir a dívida em questão até que ocorra o trânsito em julgado;
- j) o Conselho Nacional de Justiça, em julgamento de procedimento de controle administrativo (Autos nº 0009820-09.2019.2.00.0000), autorizou a substituição de depósitos judiciais e penhora por seguro-garantia ou fiança bancária, com o intuito de auxiliar as empresas a reforçarem os seus caixas para enfrentamento da crise. Não obstante tal precedente tenha abordado a possibilidade de substituição em execução trabalhista, inexistente óbice a impedir que o depósito judicial possa ser substituído por patrimônio de alta liquidez, como é o caso dos autos;
- k) a substituição pretendida não causará qualquer prejuízo, dano irreparável ou de difícil reparação à parte contrária mas, reflexamente, viabilizará a redução de impactos negativos no caixa e nas finanças da requerente e auxiliará na manutenção de renda e empregos direta e indiretamente, em perfeita sintonia com o que dispõe o artigo 170, inciso VIII da Constituição Federal.

Intimada, a União se opôs à substituição do depósito judicial pelos equipamentos (Id. 147625036).

É o relatório.

Decido.

A apelada pleiteia a substituição da quantia constrita judicialmente por “equipamentos de altíssimos valores agregados, os quais compõem as instalações de uma Câmara Fria, utilizada por esta petionária”, com a consequente manutenção da suspensão da exigibilidade do crédito.

A urgência para o exame do pleito está configurada, dado o decreto de calamidade pública e os notórios efeitos prejudiciais para economia decorrentes das medidas necessárias para a contenção da pandemia da COVID-19.

A pretensão de substituição não se dá de forma automática, razão pela qual houve oitiva da União para se manifestar. Em resposta, discordou (Id. 147625036). É direito da credora não concordar com a troca de uma garantia por outra. Ora, se não houve interesse por parte da União em aceitar a proposta, não cabe ao juiz ordenar, uma vez que a eventual aceitação é uma faculdade do credor não sujeita à simples conveniência unilateral da parte contrária.

Não obstante, a caução oferecida não se enquadra em nenhuma das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário enumeradas pelo artigo 151 do CTN, *verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

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

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

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; [\(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001\)](#)

VI - o parcelamento. [\(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001\)](#)

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

Observa-se que, apenas a moratória, reclamações e recursos administrativos, medida liminar em mandado de segurança, tutela antecipada nas demais ações, o parcelamento, bem como o depósito em dinheiro e no valor integral do débito têm o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário. Nessa acepção:

PROCESSUAL CIVIL. SEGURO GARANTIA. EQUIPARAÇÃO AO DEPÓSITO EM DINHEIRO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O entendimento do STJ é de ser inviável a equiparação do seguro garantia ou da fiança bancária ao depósito judicial em dinheiro e integral para efeito de suspensão de exigibilidade do crédito não tributário ou tributário; na verdade, somente o depósito em dinheiro viabiliza a suspensão determinada no artigo 151 do CTN. *Veja-se: REsp 1.796.295/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22/4/2019; AgInt no REsp 1.603.114/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14/6/2018.*

2. Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há como prover o Agravo que contra ela se insurge.

3. Agravo Interno não provido.

(STJ, AgInt no REsp 1860741/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJe 16/06/2020)

O depósito em dinheiro confere ao credor certeza e liquidez imediata, o que justifica a recusa manifestada pela União. Uma vez efetuado, fica vinculado ao processo em que foi efetivado e permanece indisponível até o trânsito em julgado da demanda, ocasião em que será possível estabelecer a destinação dos valores consignados. Nesse sentido: EREsp.734.831/MG, Primeira Seção, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 18.11.2010, REsp 761186/RS, Primeira Turma, rel. Min. Denise Arruda, j. 21/10/2008, DJe 12/11/2008; REsp 862711/RJ, Primeira Turma, rel. Min. Francisco Falcão, j. 07/11/2006, DJ 14/12/2006 p. 313. Cita-se, ainda:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DEPÓSITO EFETUADO COMO OBJETIVO DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NOS AUTOS DE MANDADO DE SEGURANÇA EM QUE SE DISCUTE A LEGITIMIDADE DO TRIBUTO. VINCULAÇÃO DO DESTINO DO DEPÓSITO AO DESFECHO DA DEMANDA EM QUE EFETUADO.

1. O depósito do montante integral do crédito tributário, na forma do art. 151, II, do CTN, é facultade de que dispõe o contribuinte para suspender sua exigibilidade. Uma vez realizado, porém, o depósito passa a cumprir também a função de garantia do pagamento do tributo questionado, permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado daquela demanda em cujos autos se efetivou.

2. No caso concreto, transitou em julgado a sentença denegatória do mandado de segurança em cujos autos foi efetuado o depósito, após o provimento do recurso extraordinário da Fazenda pelo STF, sendo devida, por essa razão, a conversão daquele valor em renda à parte vitoriosa? o que não impede a recorrente de buscar, pelas vias próprias, a restituição das quantias que, com base em causa de pedir não apreciada naquela impetração, entenda lhe serem devidas.

3. Voto pelo desprovimento do recurso especial.

(REsp 252.432/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 28/11/2005, p. 189)

A Doutrina e jurisprudência estão alinhadas no sentido de considerar o rol do artigo 151 do CTN taxativo. Leandro Paulsen, ao tecer comentários sobre o artigo 141 do CTN, leciona (Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência, 16 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2014, p. 1425): "(...) somente lei complementar; como o Código tributário nacional – veículo introdutor de normas gerais – pode dispor sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, dirigindo essa norma igualmente aos entes tributantes. Tanto é assim que o legislador, quando desejou aumentar o rol das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário previstas no artigo 151 ... o fez expressamente através de lei complementar (LC n° 104/01). ... o artigo 141 do Código Tributário Nacional aponta para o caráter taxativo da enumeração do seu artigo 151, não admitindo, portanto, outros fatos suspensivos da exigibilidade do crédito tributário que não os disciplinados no sobredito dispositivo legal". Nesse sentido, destaca:

TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 151, II E V DO CTN. DECISÃO DO ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE.

I - Em relação à indicada violação do art. 535 do CPC/73 pelo Tribunal a quo, não se vislumbra a alegada omissão da questão jurídica apresentada pelo recorrente, qual seja suspensão da exigibilidade do crédito tributário com base nos arts. 151, V, do CTN, e 798 do CPC, tendo o julgador abordado a questão, consignando: "Por outro norte, o art. 151, do CTN dispõe acerca da possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. O inciso II do referido artigo prevê tal suspensão quando ocorre o depósito integral do montante devido. Sem dívida, o depósito é direito do contribuinte, desde que seja integral e em dinheiro, consoante jurisprudência pacificada na Súmula n° 112 do egrégio Superior Tribunal de Justiça: (...) **Portanto, em conformidade com o art. 151, do CTN e Súmula n° 112 do STJ, é necessário o depósito em dinheiro, pois o rol do referido artigo é taxativo. Nem mesmo o seguro garantia se iguala ao depósito de valor, ante as especificidades daquele.**"

II - A oposição dos embargos declaratórios caracterizou, tão somente, a irrisignação do embargante diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso.

III - Descaracterizada a alegada omissão, se tem de rigor o afastamento da suposta violação do art. 535 do CPC/73.

IV - No tocante ao art. 151, II e V do CTN, o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual é inviável a equiparação do seguro garantia ou da fiança bancária ao depósito judicial em dinheiro e integral para efeito de suspensão de exigibilidade do crédito não tributário ou tributário. Nesse sentido: AgRg na MC 25.104/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016; REsp 1.637.094/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 19/12/2016; REsp 1.260.192/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011.

V - Agravo interno improvido.

(STJ, AgInt no REsp 1603114/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018)

É certo que o devedor tem a prerrogativa de oferecer bens em garantia de forma antecipada para garantir a execução, viabilizar a obtenção da certidão de regularidade e o ajuizamento dos embargos à execução. Contudo, não constitui causa suspensiva da exigibilidade de crédito tributário. Por isso, deferir tal pretensão equivale a substituir uma garantia prevista em lei (depósito em seu montante integral) por outra sem o devido amparo legal (caução). Assim, não há direito inequívoco para o contribuinte obter a suspensão de sua dívida mediante o oferecimento de bens, se tal espécie de caução não consta no rol do artigo 151 do CTN.

Por outro lado, a substituição acarretaria o levantamento do depósito, o que não é permitido antes do trânsito em julgado do processo. Nesse sentido, vide entendimento do Ministro Benedito Gonçalves, do STJ, assim manifestado, em recente decisão singular, *verbis*:

"Trata-se de medida cautelar; com pedido liminar; proposta pelo BANCO PACTUAL

S/A e outros com o objetivo de substituir os depósitos judiciais, efetuados nos autos do Resp 1374076/RJ, por seguro garantia.

(...) Assim sendo, como o seguro garantia não se enquadra em uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previstas no art. 151 do CTN, bem como, ante a impossibilidade de movimentação dos depósitos judiciais antes do trânsito em julgado do processo a que se encontram vinculados, não vislumbro a possibilidade da substituição pretendida, de forma que por não restar configurado o *fumus boni iuris*, obstando fica o trânsito da presente medida cautelar no âmbito desta Corte Superior.

Ante o exposto, indefiro liminarmente a medida cautelar (art. 34, XVIII, do RISTJ). Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de setembro de 2015".

Saliente-se que o entendimento do CJN no Procedimento de Controle Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.0000, não infirma a fundamentação anteriormente explicitada.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça tem indeferido pleitos similares que envolvem a substituição do depósito judicial por seguro, porquanto tal garantia igualmente não se encaixa em nenhuma das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DO DEPÓSITO EM DINHEIRO QUE GARANTE OS DÉBITOS OBJETO DA DEMANDA POR CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA OU SEGURO-GARANTIA. NÃO CABIMENTO. AGRAVO INTERNO DA SOCIEDADE EMPRESARIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Segundo disposto no art. 300 do Código Fux, a tutela provisória de urgência poderá ser concedida quando houver elementos que caracterizem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

2. Ao que se observa da jurisprudência consolidada nesta Corte em casos análogos, somente será possível a conversão do depósito em renda ou o levantamento da garantia após o trânsito em julgado do processo a que se encontra vinculado. **Por outro lado, o seguro garantia não se enquadra nas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previstas no art. 151 do CTN. Logo, na hipótese dos autos, não se encontra presente o requisito da probabilidade do direito alegado.** Precedentes: AgInt no REsp. 1.569.298/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 23.9.2020; AgInt nos EDcl no AREsp. 1.525.342/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 18.9.2020; AgInt no TP 176/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 20.11.2019.

3. Agravo Interno da Sociedade Empresarial a que se nega provimento.

(STJ, AgInt no TP 2.693/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 27/11/2020)

Ante o exposto, indefiro a substituição da quantia constrita e depositada judicialmente pelos equipamentos descritos no pedido, nos moldes explicitados.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001425-40.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: OCA URBANA ARQUITETURA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CLAUDIONOR ANTONIO ZIROLDO JUNIOR - SP218872-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001425-40.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: OCA URBANA ARQUITETURA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CLAUDIONOR ANTONIO ZIROLDO JUNIOR - SP218872-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 138917656) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 137674544) que, nos termos do artigo 932, do CPC, deu provimento à apelação da parte autora, para reconhecer o seu direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a esse título, observados a prescrição quinquenal e o art. 170-A, do CTN, assim como os valores vertidos no curso da demanda. Condenou, ainda, União Federal ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor do proveito econômico obtido pela parte autora, além das custas processuais.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que a exclusão do ISS não se encontra abrangido pelo julgamento proferido pelo E. STF no RE nº 574.706, sendo que o C. STJ já se pronunciou em sede de Recurso Especial Repetitivo nº 1.330.737 pela sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que é vedada a compensação com contribuições previdenciária, pois a compensação está sujeita a legislação vigente à época do ajuizamento da ação. Alega, ainda que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706 e do julgamento do RE nº 592.616.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 140972703).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001425-40.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: OCA URBANA ARQUITETURA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CLAUDIONOR ANTONIO ZIROLDO JUNIOR - SP218872-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, coma compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHNSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, verbis:

"TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

- Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

- No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

- In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

- Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

- A correção do indébito deve ser aquela estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

- No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Apelação da Autora provida."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 300605 - 0002938-20.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 24/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/01/2018), entendimento este extensivo à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A propósito, destaco que a Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Comrelação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Por fim, no caso, deve ser declarado o direito à compensação, observado o lustro prescricional de cinco anos anteriores à propositura da ação, na forma da legislação de regência, que deverá ser realizada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias, observando-se a regra do artigo 170-A do CTN, e com a incidência de correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, sobre os valores a serem compensados junto ao Fisco, desde o recolhimento indevido.

Isso porque as inovações da Lei 13.670, de 30 de maio de 2018, não se aplicam ao caso em tela, considerando a data do ajuizamento da presente ação (04/05/2018) e o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1137738/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, no qual foi firmado o entendimento de que "em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente" (REsp nº 1.137.738/SP).

Por tais razões, dou parcial provimento ao agravo, apenas para vetar a compensação com contribuições previdenciárias.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ISS. COMPENSAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, do C. STJ e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.
4. No caso, deve ser declarado o direito à compensação, observado o lustro prescricional de cinco anos anteriores à propositura da ação, na forma da legislação de regência, que deverá ser realizada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias, observando-se a regra do artigo 170-A do CTN, e com a incidência de correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, sobre os valores a serem compensados junto ao Fisco, desde o recolhimento indevido.
5. Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001152-79.2019.4.03.6121

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: LEAR DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE INTERIORES AUTOMOTIVOS LTDA.

Advogados do(a) PARTE AUTORA: CAMILA MARQUES DE AZEVEDO - SP375451-A, FELIPE JIM OMORI - SP305304-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5001152-79.2019.4.03.6121

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: LEAR DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE INTERIORES AUTOMOTIVOS LTDA.

Advogados do(a) PARTE AUTORA: CAMILA MARQUES DE AZEVEDO - SP375451-A, FELIPE JIM OMORI - SP305304-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por LEAR DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE INTERIORES AUTOMOTIVOS LTDA., em face de ato praticado pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM TAUBATÉ/SP, objetivando provimento jurisdicional que determine a expedição de Certidão Positiva de Débito com Efeito de Negativa – CPD-EN.

Narra a impetrante, que foi constatada irregularidade pela RFB, por conta da ausência da apresentação da Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF no exercício de 2017, pela empresa “Eagle Ottawa”.

Aduz que tal exigência não se sustenta, pois decorre de retenção ocorrida em janeiro de 2017, a título de contribuição social retida na fonte – CSRF, realizada equivocadamente em nome da sociedade incorporada, após o evento da incorporação, que ocorreu em 31/12/2016 e que a fonte pagadora, que no caso é a empresa incorporada “Eagle Ottawa”, deveria informar os valores retidos durante o ano de 2017 em sua DIRF, o que não ocorreu em razão da empresa ter sido baixada após a incorporação.

Por fim, alega que a autoridade impetrada não pode exigir a entrega de obrigação acessória após a data da incorporação da sociedade pela impetrante e que tal conduta viola os princípios da eficiência e moralidade administrativas.

A análise do pedido liminar foi postergada para após a vinda das informações (ID 140906377).

Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou informações (ID 140906434/140906435).

O Ministério Público Federal na primeira instância, manifestou-se pelo prosseguimento do feito, aduzindo a inexistência de interesse a justificar sua manifestação quanto ao mérito da lide (ID 140906443).

Por meio da sentença, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança pleiteada. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário (ID 140906451).

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer, opinou pelo prosseguimento do feito (ID 141075004).

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5001152-79.2019.4.03.6121

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: LEAR DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE INTERIORES AUTOMOTIVOS LTDA.

Advogados do(a) PARTE AUTORA: CAMILA MARQUES DE AZEVEDO - SP375451-A, FELIPE JIM OMORI - SP305304-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O artigo 5º, inciso XXXIV, letra "b", da Constituição Federal, assegura o direito público subjetivo à expedição de certidões por qualquer pessoa que delas necessite para a defesa de direitos ou o esclarecimento de situações.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional dispõe sobre a certidão de Regularidade Fiscal da seguinte forma:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de dez dias da data da entrada do requerimento na repartição.

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

A Certidão Negativa de Débitos (CND) somente pode ser expedida se não existir nenhum crédito tributário vencido e não pago. A Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa (CPDEN), porém, pode ser expedida em duas situações: 1) existência de crédito objeto de execução fiscal em que já tenha sido efetivada penhora ou 2) suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nas hipóteses arroladas no art. 151 do CTN.

O artigo 151, do Código Tributário Nacional trata das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a saber:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

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

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

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

In casu, à ausência da DIRF no exercício 2017, da empresa incorporada "Eagle Ottawa", não tem o condão de impedir, *de per se*, a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa de débito, por se tratar de obrigação acessória, e não um crédito tributário devidamente constituído pelo lançamento.

Com efeito, estabelece o art. 206 do Código Tributário Nacional que "tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa." Faz-se mister, consequentemente, para que a certidão positiva com efeitos de negativa não seja expedida, que exista crédito tributário vencido sem garantia executiva ou qualquer causa de suspensão da exigibilidade.

Nem se alegue que o art. 113, § 3º do Código Tributário Nacional impediria a expedição da certidão requerida.

Prevê o dispositivo em comento que a obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. Não se dispensa, contudo, que a Administração Tributária proceda ao lançamento do tributo, convalidando a obrigação acessória em principal no que corresponde à penalidade pecuniária. Enquanto não o faz, deve emitir a certidão de regularidade fiscal.

Neste sentido é a jurisprudência desta colenda Corte, a saber:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. AUSÊNCIA DE ENTREGA DE DIPJ E DCTF'S. MERO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA NÃO CONSTITUI ÔBICE PARA EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA. INEXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A certidão de regularidade fiscal depende da comprovação de que o contribuinte não possui créditos tributários exigíveis ou sem garantia no caso de execução fiscal (artigo 206, CTN). No caso dos autos, as tratou-se da falta de apresentação da DIPJ no exercício de 2014, e das DCTF's do período entre março e dezembro de 2013, o que configura, evidentemente, descumprimento de mera obrigação acessória e não principal, uma vez que inexistente lançamento de ofício para suprir a falta de declaração. 2. Todavia, o descumprimento de obrigação acessória não impede seja fornecida a certidão de regularidade fiscal. 3. A negativa de certidão de regularidade fiscal, por mero descumprimento de obrigação tributária, prevista em ato infralegal, viola o princípio da legalidade, em conformidade com a jurisprudência consolidada. 4. Agravo inominado desprovido. (AI 00175141920154030000, JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/11/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. EXPEDIÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE. RECURSO DESPROVIDO. 1. A negativa de certidão de regularidade fiscal, conforme jurisprudência do STJ e desta Corte, por mero descumprimento de obrigação tributária, prevista em ato infralegal, viola o princípio da legalidade, devendo ser mantida a sentença tal como proferida. 2. Consolidada a jurisprudência, no sentido da ilegalidade da negativa de certidão de regularidade fiscal de regularidade em razão de mero descumprimento de obrigação tributária acessória, que não se encontra fundada em lei formal, tal como necessário em razão do princípio da legalidade e da separação dos Poderes, a impedir que o Executivo legisle para criar dever sem amparo em lei, sem que a presunção de legitimidade e veracidade possa ser invocada para criar ônus de tal natureza. 3. Agravo inominado desprovido. (AMS 00082720620144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/09/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. RECURSOS JULGADOS MONOCRATICAMENTE. EXCLUSÃO DE DÉBITOS DOS CADASTROS DA RECEITA FEDERAL. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL (ART. 206 DO CTN). PRESENÇA DE CAUSAS SUSPENSIVAS DA EXIGIBILIDADE DOS DÉBITOS (ART. 151 DO CTN). DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O direito à obtenção da certidão positiva com efeitos de negativa, ou suspensiva da exigibilidade dos débitos, é de rigor a exclusão dos mesmos dos cadastros da Receita Federal e o consequente reconhecimento do direito à expedição da certidão positiva com efeitos de negativa (art. 206 do CTN). 2. Comprovada a existência de causa extintiva (pagamento) ou suspensiva da exigibilidade dos débitos, é de rigor a exclusão dos mesmos dos cadastros da Receita Federal e o consequente reconhecimento do direito à expedição da certidão positiva com efeitos de negativa (art. 206 do CTN). 3. A mera alegação de descumprimento de obrigação acessória não legitima a recusa ao fornecimento de certidão de regularidade fiscal. Precedentes. 4. Agravo legal a que se nega provimento. (APELREEX 09003301020054036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/04/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"TRIBUNÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ADEQUAÇÃO DE VIA ELEITA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA DE DÉBITOS. ART. 206 DO CTN. AUSÊNCIA DE ENTREGA DE DIRF. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ÔBICE. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 74, DA LEI Nº 9.430/96. CAUSA EXTINTIVA DO CRÉDITO SOB CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA.

1. Desnecessária a dilação probatória no caso em questão. O direito líquido e certo à obtenção de certidão negativa de débitos ou de positiva com efeitos de negativa se faz de plano através de prova documental pré-constituída, seja da extinção do crédito tributário, seja da suspensão de sua exigibilidade.

2. A necessidade de a certidão negativa de débitos (art. 205 do CTN) retratar com fidelidade a situação do contribuinte perante o Fisco impossibilita a sua expedição na existência de débitos, ainda que estejam com a exigibilidade suspensa. Nesta última situação, o contribuinte tem direito à denominada "certidão positiva com efeitos de negativa" expedida nos termos e para os fins do art. 206 do CTN.

3. Correto o r. Juízo a quo ao conceder a ordem, por entender ser ilegítima a recusa na expedição da certidão requerida. Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a falta de cumprimento de obrigação acessória, como a não apresentação de DIRF, ou mesmo, erro no seu preenchimento, não constituem óbice à expedição de certidão negativa de débitos. Precedentes.

4. Com a edição da Lei n.º 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei n.º 9.430/96, a compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação (§ 2º).

5. Na hipótese de não homologação cabe a interposição de manifestação de inconformidade e recurso ao Conselho de Contribuintes, instrumentos hábeis à suspensão da exigibilidade do crédito tributário enquanto pendentes de julgamento definitivo, nos termos do art. 151, III, do CTN, entendimento aplicável ainda que anteriormente à redação dada pela Lei n.º 10.833, de 2003.

6. Apelação e remessa oficial improvidas."

(AMS 00174653120034036100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2010 PÁGINA: 653 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (negritei)

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA. AUSÊNCIA DE ENTREGA DE DIRF. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. O artigo 5º, inciso XXXIV, letra "b", assegura o direito público subjetivo à expedição de certidões, titularizável por qualquer pessoa que delas necessite para a defesa de direitos ou o esclarecimento de situações. Por sua vez, os artigos 205, parágrafo único e 206 ambos do Código Tributário Nacional dispõem sobre a Certidão de Regularidade Fiscal.
2. A falta de entrega da DIRF pelo contribuinte não tem o condão de impedir, *de per se*, a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa de débito por se tratar de obrigação acessória, e não um crédito tributário devidamente constituído pelo lançamento.
3. Com efeito, estabelece o art. 206 do Código Tributário Nacional que "*tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.*" Faz-se mister, conseqüentemente, para que a certidão positiva com efeitos de negativa não seja expedida, que exista crédito tributário vencido sem garantia executiva ou qualquer causa de suspensão da exigibilidade.
5. Nem se alegue que o art. 113, § 3º do Código Tributário Nacional impediria a expedição da certidão requerida. Prevê o dispositivo em comento que a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. Não se dispensa, contudo, que a Administração Tributária proceda ao lançamento do tributo, convolvando a obrigação acessória em principal no que corresponde à penalidade pecuniária. Enquanto não o faz, deve emitir a certidão de regularidade fiscal.
6. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033853-89.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: RESTAURANTE ARITANA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO HENRIQUE SOUZA EBLING - SP215064-N

AGRAVADO: CONCESSIONARIA DA RODOVIA PRESIDENTE DUTRAS S/A, AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVADO: LUCIANA TAKITO TORTIMA - SP127439-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Agravo de instrumento interposto pelo RESTAURANTE ARITANA LTDA contra decisão que, em tutela antecipada antecedente, indeferiu o pedido de reexame da liminar, ao fundamento de que esta corte já analisou a questão no AI nº 5023976-28.2020.4.03.0000 e deferiu a providência para o fechamento dos acessos localizados na Rodovia Presidente Dutra na altura do km 129+741 e km 129+648 - Norte - Caçapava/SP (Id. 40367907 dos autos de origem).

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, à vista do *periculum in mora*, em razão do prejuízo à atividade empresarial.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificado o deferimento da providência pleiteada. Acerca da atribuição de efeito suspensivo em agravo de instrumento, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

[...]

Evidencia-se, assim, que a outorga do efeito suspensivo é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso.

No que se refere ao *periculum in mora*, a recorrente desenvolveu o seguinte argumento:

"Diante de novos fatos e novos documentos, que instruem o pedido na origem, deferir PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA, diverso do pedido de tutela cautelar antecedente da petição inicial, para que à vista dos novos elementos, seja DEFERIDA LIMINAR para DETERMINAR a agravada Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A "CCR Nova Dutra" que libere no prazo de 24 (vinte e quatro) horas os acessos (entrada e saída) no Km 129+741 e Km 129+648 - Norte - Caçapava/SP, fechados desde o dia 14.10.20, mantendo-os liberados até final decisão a ser proferida por este E. Colegiado, sob pena da permanência do fechamento dos acessos, obstruirmos e agravar ainda mais a total ausência de acessibilidade aos bairros no entorno dos acessos, notadamente o Residencial Nova Esperança (<https://www.google.com.br/maps/@-23.1215499,-45.7253303,652m/data=!3m1!1e3>), bem como as instalações do agravante e dos comércios vizinhos, gerando nesta situação de permanência do fechamento dos acessos insegurança viária no local."

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso, em que foi suscitado genericamente prejuízo à atividade empresarial. Ademais, a constatação por oficial de justiça será efetivada em momento oportuno, se o caso, dado que há provimento desta corte favorável à parte contrária no agravo de instrumento nº 5023976-28.2020.4.03.0000 acerca da questão posta neste recurso, tal como consignado na decisão atacada. Frise-se que a violação à lei, à Constituição Federal e aos princípios invocados não diz respeito à urgência, mas ao mérito da controvérsia. Desse modo, ausente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO o efeito suspensivo.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5014642-08.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: LAIZA MOREIRA SANTOS ARAUJO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MELISSA ZANARDO - SP259932-A

PARTE RE: INSTITUTO PAULISTA SAO JOSE DE ENSINO SUPERIOR LTDA

Advogado do(a) PARTE RE: LUCAS SENE RODRIGUES - SP340590-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5014642-08.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: LAIZA MOREIRA SANTOS ARAUJO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MELISSA ZANARDO - SP259932-A

PARTE RE: INSTITUTO PAULISTA SAO JOSE DE ENSINO SUPERIOR LTDA

Advogado do(a) PARTE RE: LUCAS SENE RODRIGUES - SP340590-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Laiza Moreira Santos Araújo em face do Diretor Acadêmico e Secretária Acadêmica do Instituto Paulista São José de Ensino Superior - Faculdade Dottori, objetivando obter provimento jurisdicional que determine à impetrada a entrega imediata do diploma válido da impetrante.

Aduz a impetrante que cursou Biologia no Instituto Paulista São José de Ensino Superior, ministrado de acordo com a Portaria de Reconhecimento SeRES 176/2013, nos termos da Resolução 02, de 26/06/1997, do Conselho Nacional de Educação, tendo concluído todos os créditos exigidos para a Licenciatura.

Narra que foi aprovada no concurso público de professora de Biologia do Município de São Paulo e, em 18/08/2017, foi nomeada para tomar posse no cargo, necessitando para a sua posse do diploma. Entretanto, afirma que o certificado não foi considerado válido pela Prefeitura de São Paulo, sob o fundamento que o Instituto Paulista São José de Ensino Superior não tem autorização para emitir o certificado.

Alega que em contato com a instituição, foi informada que seria providenciado outro certificado por instituição de ensino parceiro, no entanto, até o ajuizamento deste *mandamus* não havia recebido o certificado ou resposta da instituição de ensino, o que lhe causa prejuízo.

A medida liminar foi deferida Id 127536845.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que forneça de imediato novo certificado de conclusão do Curso de Programa Especial de Formação Pedagógica em Biologia – equivalente a Licenciatura Plena, ou o respectivo diploma, desde que concluídos todos os créditos necessários para sua habilitação nesta licenciatura. Sem condenação em honorários advocatícios (Id 127536862).

Sem recursos voluntários, os autos foram remetidos a esta E. Corte por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo prosseguimento do feito (Id 128816753).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5014642-08.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: LAIZA MOREIRA SANTOS ARAUJO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MELISSA ZANARDO - SP259932-A

PARTE RE: INSTITUTO PAULISTA SAO JOSE DE ENSINO SUPERIOR LTDA

Advogado do(a) PARTE RE: LUCAS SENE RODRIGUES - SP340590-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de remessa necessária de sentença que concedeu a ordem, em mandado de segurança impetrado com o fim de obter a expedição, em nome da impetrante, do diploma concernente ao Programa Especial de Formação Pedagógica em Biologia – equivalente a Licenciatura plena.

No caso em tela, não há que se falar na reforma da sentença, proferida nos seguintes termos:

“Conforme consignado na decisão liminar, compulsando os autos, constato que efetivamente a impetrante concluiu o Curso de Programa Especial de Formação Pedagógica em Biologia – equivalente a Licenciatura Plena, no Instituto Paulista São José de Ensino Superior.

Por sua vez, a impetrante alega que foi aprovada no concurso público de professora de Biologia do Município de São Paulo, contudo, não foi aceito o certificado de conclusão de curso emitido pela referida instituição de ensino, sob o fundamento que não tem autorização para emitir o certificado.

No caso em tela, a despeito da ausência de comprovação dos reais motivos da não aceitação do certificado apresentado pela impetrante para tomar posse no cargo de professora de biologia, é certo que os e-mails acostados aos autos evidenciam que a impetrante não conseguiu tomar posse com o certificado inicialmente emitido pelo Instituto Paulista São José de Ensino Superior, bem como que a instituição de ensino reconhece tal situação, tanto que solicitou documentos da impetrante para a confecção de novo certificado pela UNIJALES.

Noto que, desde o dia 21/08/2017, a impetrante tentou contato com a instituição de ensino, contudo, mas não obteve nenhuma resposta satisfatória e, tampouco, recebeu o novo certificado, o que certamente lhe trará inúmeros prejuízos, em especial a impossibilidade de tomar posse no concurso público.

Destaco que embora tenha ocorrido perda superveniente do interesse processual da impetrante, como fornecimento do certificado requerido, isto ocorreu por força da concessão da liminar, o que requer sua confirmação em sede de sentença, dada a natureza provisória daquele provimento judicial.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, confirmando a liminar anteriormente deferida, para determinar à autoridade impetrada que forneça de imediato novo certificado de conclusão do Curso de Programa Especial de Formação Pedagógica em Biologia – equivalente a Licenciatura Plena, ou o respectivo diploma, desde que concluídos todos os créditos necessários para sua habilitação nesta licenciatura (decisão que já foi cumprida).

Extingo o feito com julgamento do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil”.

Conforme se extrai da transcrição supra, antes mesmo da sentença ser proferida, a instituição de ensino já havia fornecimento o certificado requerido pela impetrante, por força da liminar concedida.

Assim, concluiu-se que o provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos.

Por outro lado, não foi interposto recurso que pudesse infirmar o quanto decidido, motivo pelo qual de rigor a manutenção da sentença, por seus próprios fundamentos.

Registre-se, por oportuno, que a adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na sentença recorrida - técnica de julgamento "per relationem" -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores, mesmo porque não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF/88, segundo o qual "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)"

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE - INOCORRÊNCIA DE CONSUMAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA PRESCRIÇÃO PENAL - INCORPORAÇÃO, AO ACÓRDÃO, DAS RAZÕES EXPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" - LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO - DEVOLUÇÃO IMEDIATA DOS AUTOS, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO, PARA EFEITO DE PRONTA EXECUÇÃO DA DECISÃO EMANADA DA JUSTIÇA LOCAL - POSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

(...)
- Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação "per relationem", que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes." (destaquei)

(STF, AI 825520 AgR-ED, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 31/05/2011, DJe 09/09/2011)

"AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE.

1. Consoante o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em nulidade por ausência de fundamentação ou por negativa de prestação jurisdicional a decisão que se utiliza da fundamentação per relationem. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83/STJ.

2. Não se admite o recurso especial quando a questão federal nele suscitada não foi enfrentada no acórdão recorrido. Incidem as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal (STF).

3. Agravo interno a que se nega provimento." (destaquei)

(STJ, AgInt no AREsp 1322638/DF, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, j. 11/12/2018, DJe 18/12/2018)

Face ao exposto, nego provimento à Remessa Oficial

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. SEGURANÇA CONCEDIDA. JULGAMENTO PER RELATIONEM. SENTENÇA MANTIDA

1. Trata-se de remessa necessária de sentença que concedeu a ordem, em mandado de segurança impetrado com o fim de obter a expedição, em nome da impetrante, do diploma concernente ao Programa Especial de Formação Pedagógica em Biologia – equivalente a Licenciatura plena.

2. O provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos.

3. Antes mesmo de a sentença ser proferida, a instituição de ensino já havia fornecimento o certificado requerido pela impetrante, por força da liminar concedida.

4. Não foi interposto recurso que pudesse infirmar o quanto decidido, motivo pelo qual de rigor a manutenção da sentença, por seus próprios fundamentos.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001666-32.2018.4.03.6003

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: SUELI DE FATIMA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VAGNER PRADO LIMA - MS17569-A

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL

Advogado do(a) PARTE RE: TIAGO KOUTCHIN OVELAR ECHAGUE - MS14707-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001666-32.2018.4.03.6003

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: SUELI DE FATIMA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VAGNER PRADO LIMA - MS17569-A

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL

Advogado do(a) PARTE RE: TIAGO KOUTCHIN OVELAR ECHAGUE - MS14707-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Sueli de Fátima da Silva**, em face do Presidente da Subcomissão Eleitoral do Local da Votação de Três Lagoas/MS, objetivando obter provimento jurisdicional para exercer o direito de votar na eleição da Ordem, que se realizam em 20/11/2018, independentemente do pagamento das anuidades em atraso.

Alega a impetrante que pretende votar nas próximas eleições da OAB/MS, porém, em razão da Resolução nº 04/2018 da Seccional (art. 21 e parágrafos), está sendo impedida de exercer esse direito, que só está sendo deferido àqueles advogados que pagaram suas obrigações pecuniárias até o dia 19/10/2018. Sustenta a ilegalidade da referida Resolução ao impor a condição de adimplente para exercer o voto e impedir que o advogado possa votar mesmo estando adimplente, se porventura regularizou sua situação na entidade após 19 de outubro de 2018.

A medida liminar foi deferida.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou procedente a ação, concedendo a segurança para determinar que seja permitido à impetrante exercer o direito de voto nas eleições da OAB/MS, do pleito de 2018, independentemente da comprovação da quitação de seus débitos com a aludida entidade, salvo na hipótese de suspensão do exercício profissional. Sem condenação em honorários advocatícios (ID 137921990).

Sem recursos voluntários, os autos foram remetidos a esta E. Corte, por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo desprovimento da remessa oficial (ID138235299).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001666-32.2018.4.03.6003

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: SUELI DE FATIMA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VAGNER PRADO LIMA - MS17569-A

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL

Advogado do(a) PARTE RE: TIAGO KOUTCHIN OVELAR ECHAGUE - MS14707-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de remessa oficial diante da sentença que concedeu a segurança pleiteada para o fim de declarar o direito da impetrante participar do pleito eleitoral da OAB do ano de 2018 independentemente da regularidade do pagamento das anuidades devidas (ID 137921989).

Pois bem. Dispõe o art. 63, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94), que os advogados regularmente inscritos participarão da eleição dos membros da Autarquia, in verbis:

Art. 63. A eleição dos membros de todos os órgãos da OAB será realizada na segunda quinzena do mês de novembro, do último ano do mandato, mediante cédula única e votação direta dos advogados regularmente inscritos.

§ 1º A eleição, na forma e segundo os critérios e procedimentos estabelecidos no Regulamento Geral, é de comparecimento obrigatório para todos os advogados inscritos na OAB.

§ 2º O candidato deve comprovar situação regular junto à OAB, não ocupar cargo exonerável "ad nutum", não ter sido condenado por infração disciplinar, salvo reabilitação, e exercer efetivamente a profissão há mais de cinco anos.

Por sua vez, o Regulamento Geral da OAB estabelece:

Art. 134. O voto é obrigatório para todos os advogados inscritos da OAB, sob pena de multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da anuidade, salvo ausência justificada por escrito, a ser apreciada pela Diretoria do Conselho Seccional.

§ 1º O eleitor faz prova de sua legitimação apresentando sua carteira ou cartão de identidade profissional e o comprovante de quitação com a OAB, suprido por listagem atualizada da Tesouraria do Conselho ou da Subseção.

Ora, da leitura do Estatuto da Ordem dos Advogados denota-se que o voto é obrigatório e o único requisito imposto pelo Estatuto da Advocacia para a participação como eleitor nas eleições da Ordem dos Advogados do Brasil é a condição de advogado regularmente inscrito.

Assim, tanto o Regulamento Geral da OAB, em seu art. 134, como o art. 16, em seu inciso II, da Resolução OAB/MS nº 04/2018, extrapolaram o limite legal ao impor aos advogados eleitores requisito não previsto na Lei nº 8.906/94.

Ademais, a regularidade do pagamento das anuidades somente é imposta aos advogados candidatos aos cargos eletivos, o que não é o caso dos autos.

Nesse sentido, é a jurisprudência assente desta E. Corte:

ADMINISTRATIVO. OAB. ELEIÇÕES. RESTRIÇÃO AO VOTO DO ADVOGADO INSCRITO INADIMPLENTE. AUSENCIA DE PREVISÃO LEGAL. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à possibilidade de o advogado inadimplente participar das eleições da OAB.

2. A Lei nº 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), não traz qualquer restrição ao voto dos advogados que estejam inadimplentes com a Ordem.

3. Ao contrário, estabelece no art. 63, §1º, que “a eleição, na forma e segundo os critérios e procedimentos estabelecidos no regulamento geral, é de comparecimento obrigatório para todos os advogados inscritos na OAB”.

4. A exigência de situação regular junto à OAB somente é feita aos candidatos, nos termos do art. 63, §2º, da Lei nº 8.906/1994: “O candidato deve comprovar situação regular junto à OAB, não ocupar cargo exonerável *ad nutum*, não ter sido condenado por infração disciplinar, salvo reabilitação, e exercer efetivamente a profissão há mais de cinco anos”.

5. Verifica-se, portanto, que a Lei nº 8.906/1994 não apenas permite que o advogado inscrito inadimplente participe das eleições, mas obriga o seu comparecimento. Dessa forma, não pode a OAB, seja por meio do Regulamento Geral, de Resoluções ou de outras normas que não Lei em sentido estrito, impor restrições ao direito/dever de voto instruído pela Lei nº 8.906/1994. Precedentes (ApelRemNec 0005707-78.2014.4.03.6000, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/03/2019 / RemNecCiv 0003202-71.2015.4.03.6003, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/11/2018. / RemNecCiv 0011867-90.2012.4.03.6000, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/03/2015. / ApelRemNec 0009137-19.2006.4.03.6000, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/11/2014.)

6. Remessa oficial e apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5029067-06.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 18/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/10/2019)

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ELEIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL/MS. ADVOGADO INADIMPLENTE. RESOLUÇÃO OAB/MS Nº 04/2015. ILEGALIDADE. DIREITO DE VOTAR. POSSIBILIDADE.

1. No caso dos autos, o impetrante pretende garantir seu direito ao voto nas eleições para representantes da OAB/MS, realizadas em 20 de novembro de 2015 independentemente da quitação de anuidades em aberto junto ao Conselho Estadual e Diretoria da Seccional da OAB/MS.

2. O Juízo a quo concedeu a segurança, confirmando a liminar deferida, para que o impetrante Vagner Prado Lima exerça seu direito de voto nas eleições, pois ele comprovou que estava em dia com o pagamento da anuidade, por meio do parcelamento do débito. Assim, a Resolução nº 04/2015, na parte em que condiciona o exercício do direito de voto ao adimplemento das anuidades até 21.10.15, teria ofendido o princípio da legalidade, por não ser lei em sentido estrito, nos termos do art. 59 da Constituição Federal.

3. Ademais, em que pese a possibilidade de a inadimplência dos advogados inscritos na OAB poder ser considerada uma infração disciplinar punida com suspensão de trinta a doze meses, nos termos do art. 37 da Lei nº 8.906/94, tal procedimento deve obedecer ao devido processo legal, com todas as garantias constitucionais.

4. Finalmente, o Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/94, ao dispor sobre as eleições, prevê a obrigação de comprovação de regularidade do pagamento das anuidades apenas com relação ao advogado candidato. Ao advogado eleitor exige-se apenas a inscrição regular perante a OAB.

5. Remessa oficial desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ReeNec - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 362071 - 0003202-71.2015.4.03.6003, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 21/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/11/2018)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SEÇÃO MATO GROSSO DO SUL. ELEIÇÕES. INADIMPLÊNCIA COM ANUIDADES. IMPEDIMENTO DE VOTAR. RESOLUÇÃO OAB/MS Nº 04/2018. ILEGALIDADE. REQUISITO NÃO PREVISTO NA LEI 8.906/94. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. Dispõe o art. 63, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94), que os advogados regularmente inscritos participarão da eleição dos membros da Autarquia.

2. Denota-se que o voto é obrigatório e o único requisito imposto pelo Estatuto da Advocacia para a participação como eleitor nas eleições da Ordem dos Advogados do Brasil é a condição de advogado regularmente inscrito.

3. Tanto o Regulamento Geral da OAB, em seu art. 134, como o art. 16, em seu inciso II, da Resolução OAB/MS nº 04/2018, extrapolaram o limite legal ao impor aos advogados eleitores requisito não previsto na Lei nº 8.906/94.

4. A regularidade do pagamento das anuidades somente é imposta aos advogados candidatos aos cargos eletivos.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5028070-57.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: SPDM - ASSOCIACAO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANA MARIA MURBACH CARNEIRO - SP180255-A

PARTE RE: DIRETOR EXECUTIVO DO FUNDO NACIONAL DE SAÚDE, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5028070-57.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: SPDM - ASSOCIACAO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANA MARIA MURBACH CARNEIRO - SP180255-A

PARTE RE: DIRETOR EXECUTIVO DO FUNDO NACIONAL DE SAÚDE, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina, contra ato do Diretor Executivo do Fundo Nacional de Saúde – FNS do Ministério da Saúde em São Paulo, requerendo o afastamento da aplicação dos artigos 6º-B, V do Decreto nº 6.170/2007 e 6º, I e III da Lei nº 10.522/2002, de modo a possibilitar a continuidade de suas atividades sociais, mediante a contratação e efetivação dos convênios e contratos de repasses de verbas relativos às propostas já aprovadas (961699/17-003, 961699/17-004, 961699/17-005, 961699/17-007, 961699/17-009 e 961699/17-011).

Narra a impetrante ser entidade filantrópica, sem fins lucrativos, dependendo do repasse de verbas pelos órgãos públicos e pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e que depende de contratos de repasses de verbas decorrentes de projetos de emendas parlamentares já aprovados, para viabilizar reformas estruturais e compra de equipamentos para o Hospital São Paulo.

Sustenta que para se habilitar no portal do Fundo Nacional de Saúde sujeita-se à comprovação da ausência de pendências e débitos fiscais federais apontados no CADIN, em atendimento ao disposto no artigo 6º-B, V do Decreto nº 6.170/2007 e artigo 6º, I e III da Lei nº 10.522/2002, que vedam a realização de repasses de verbas na hipótese de apontamento de débitos no cadastro de inadimplentes.

Alega a inconstitucionalidade dos artigos referidos, por violação ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, bem como a sua ilegalidade, na medida em que a Lei nº 8.666/1993 não admitiria a imposição de sanção administrativa ao contratado, ainda que constatada alguma irregularidade fiscal.

A medida liminar foi deferida para a fim de determinar que a situação fiscal da Impetrante, referente a débitos federais apontados no CADIN, não seja óbice à contratação e efetivação dos convênios/contratos de repasses relativos às propostas já aprovadas (961699/17-003, 961699/17-004, 961699/17-005, 961699/17-007, 961699/17-009, 961699/17-011) Id 124732849.

Por meio de sentença, o r. Juízo *a quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente concedida. Sem condenação em honorários advocatícios a teor do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 (Id 124732883).

Sem recursos voluntários, subiram os autos por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo prosseguimento do feito (Id 128052751).

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5028070-57.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: SPDM - ASSOCIACAO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANA MARIA MURBACH CARNEIRO - SP180255-A

PARTE RE: DIRETOR EXECUTIVO DO FUNDO NACIONAL DE SAÚDE, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Trata-se de remessa necessária em face de sentença de procedência, em ação mandamental na qual busca determinar que a situação fiscal da impetrante, referente a débitos federais apontados no CADIN, não seja óbice à contratação e efetivação dos convênios/contratos de repasses relativos às propostas já aprovadas, conforme descrito na inicial.

No caso em tela, não há que se falar na reforma da sentença, proferida nos seguintes termos:

“Trata-se de mandado de segurança objetivando o afastamento da aplicação dos artigos 6º-B, V do Decreto nº 6.170/2007 e 6º, I e III da Lei nº 10.522/2002, de modo a possibilitar a continuidade de suas atividades sociais, mediante a contratação e efetivação dos convênios e contratos de repasses de verbas relativos às propostas já aprovadas (961699/17-003, 961699/17-004, 961699/17-005, 961699/17-007, 961699/17-009 e 961699/17-011).

Tendo em vista que a questão aqui discutida já fora apreciada integralmente em sede de liminar, e diante da inexistência de fatos autorizadores da modificação do entendimento ali perfilhado, mantenho a fundamentação e o resultado daquela decisão.

O cerne da questão levantada pela Impetrante é o afastamento da exigência legal de consulta prévia aos cadastros de negatificação, entre os quais o Cadin, para fins de celebração de convênios, contratos ou outras operações de crédito que envolva a utilização de recursos públicos.

A Impetrante constitui-se associação civil sem fins lucrativos, de atuação filantrópica, voltada à manutenção do Hospital São Paulo (originalmente, Escola Paulista de Medicina, fundada em 1933, e hoje vinculado à Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP).

É cediço que, para casos análogos ao presente, envolvendo a celebração de convênios na área da saúde, o artigo 25, § 3º da Lei Complementar nº 101/2000 flexibiliza as exigências de regularidade fiscal, em prol da continuidade da prestação de serviços de interesse público. Confira-se:

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

(...)

Parágrafo 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.

Nesta esteira, e inculido da mesma finalidade social, prevê o artigo 26, § 2º da Lei nº 10.522/2002 a hipótese de suspensão de restrições para transferências de recursos dos entes públicos destinados à execução de ações sociais, in verbis:

Art. 26. Fica suspensa a restrição para transferência de recursos federais a Estados, Distrito Federal e Municípios destinados à execução de ações sociais ou ações em faixa de fronteira, em decorrência de inadimplementos objetos de registro no Cadin e no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI.

Com fundamento na interpretação extensiva dos dispositivos supramencionados, os Tribunais têm se posicionado pela necessidade de flexibilização das exigências de regularidade fiscal para que entidades filantrópicas continuem a receber o repasse de verbas públicas, como demonstram os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNASA. CONVÊNIO. COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL. INSTITUIÇÃO HOSPITALAR. EXIGÊNCIA AFASTADA. APLICAÇÃO DO ART. 25, § 3º DA LC 101/2000. Considerando que a impetrante é entidade filantrópica que se destina a serviços essenciais na área da saúde, os quais não podem ser prejudicados pela impossibilidade de celebração de acordos de cooperação ou convênios, aplica-se, analogicamente, a determinação prevista no art. 25, §3º da Lei Complementar nº 101/2000: "Para fins de aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social." Precedentes do Tribunal. (TRF-4, Apelação/Remessa Necessária nº 5060933-89.2016.4.04.7000/PR, 4ª Turma, rel. Des. Fed. Luís Alberto D'Azevedo Auvvalje, j. 27.09.2017, DJ 29.08.2017).

ADMINISTRATIVO. CERTIDÕES DE REGULARIDADE FISCAL. APRESENTAÇÃO PERANTE O CADIN. EXIGÊNCIA AFASTADA. DIREITO À SAÚDE. 1. Tratando-se de entidade beneficente que atua na área da saúde, atendendo a usuários do Sistema Único de Saúde, aplicável, por analogia, o disposto no art. 25, § 3º, da Lei Complementar nº 101/2000, que afasta a aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias às ações de educação, saúde e assistência social. 2. Visto que a parte autora presta serviço público essencial que pode ser paralisado ou severamente afetado pela vedação de celebração de convênios, a necessidade de assegurar o direito à saúde, constitucionalmente garantido, determina o afastamento da exigência imposta. 3. Trata-se de entidade reconhecida como de Utilidade Pública Federal pelo Decreto 93.081/86, do que se extrai, embora não se trate de ente federativo, a prestação de serviço público primário, autorizando a suspensão do registro da inadimplência a fim de possibilitar a celebração de convênios para manutenção das atividades desenvolvidas. Precedentes STF. (TRF4, Apelação Cível nº 5021732-58.2014.404.7001, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva, j. 04.04.2017, DJ 05/04/2017).

Conclui-se, desta forma, pela existência de direito líquido e certo do impetrante de que os débitos federais apontados no CADIN não seja obstáculo para contratação e efetivação dos convênios/contratos de repasses relativos às propostas já aprovadas, a ensejar a concessão da segurança buscada na presente ação.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido e CONCEDO A SEGURANÇA, confirmando a liminar deferida, conferindo-lhe definitividade para determinar que a situação fiscal da Impetrante, referente a débitos federais apontados no CADIN, não seja óbice à contratação e efetivação dos convênios/contratos de repasses relativos às propostas já aprovadas (961699/17-003, 961699/17-004, 961699/17-005, 961699/17-007, 961699/17-009, 961699/17-011).

Em consequência, julgo extinto o feito, nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil.”

Comungo do entendimento do r. Juízo de piso quanto à possibilidade de flexibilização das exigências de regularidade fiscal, em prol da continuidade da prestação de serviços de interesse público, notadamente na área da saúde.

Assim, concluiu-se que o provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos.

Por outro lado, não foi interposto recurso que pudesse infirmar o quanto decidido, motivo pelo qual de rigor a manutenção da sentença, por seus próprios fundamentos.

Registre-se, por oportuno, que a adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na sentença recorrida - técnica de julgamento "per relationem" -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores, mesmo porque não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF/88, segundo o qual "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)".

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE - INOCORRÊNCIA DE CONSUMAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA PRESCRIÇÃO PENAL - INCORPORAÇÃO, AO ACÓRDÃO, DAS RAZÕES EXPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" - LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO - DEVOLUÇÃO IMEDIATA DOS AUTOS, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO, PARA EFEITO DE PRONTA EXECUÇÃO DA DECISÃO EMANADA DA JUSTIÇA LOCAL - POSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

(...)

- Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação "per relationem", que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes." (destaquei)

(STF, AI 825520 AgR-ED, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 31/05/2011, DJe 09/09/2011)

"AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM POSSIBILIDADE.

1. Consoante o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em nulidade por ausência de fundamentação ou por negativa de prestação jurisdicional a decisão que se utiliza da fundamentação per relationem. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83/STJ.

2. Não se admite o recurso especial quando a questão federal nele suscitada não foi enfrentada no acórdão recorrido. Incidem as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal (STF).

3. Agravo interno a que se nega provimento." (destaquei)

(STJ, AgInt no AREsp 1322638/DF, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, j. 11/12/2018, DJe 18/12/2018)

Face ao exposto, nego provimento à Remessa Oficial.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. FUNDO NACIONAL DE SAÚDE. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA AUSÊNCIA DE PENDÊNCIAS E DÉBITOS FISCAIS FEDERAIS APONTADOS NO CADIN. REPASSES DE VERBAS. FLEXIBILIZAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS DE REGULARIDADE FISCAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. Comungo do entendimento do r. Juízo de piso quanto à possibilidade de flexibilização das exigências de regularidade fiscal, em prol da continuidade da prestação de serviços de interesse público, notadamente na área da saúde.

2. Conclui-se que o provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos.

3. Não foi interposto recurso que pudesse infirmar o quanto decidido, motivo pelo qual de rigor a manutenção da sentença, por seus próprios fundamentos.

4. A adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na sentença recorrida - técnica de julgamento "per relationem" -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013165-61.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAGUACAMP DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: FELIPE ALBERTO VERZA FERREIRA - SP232618-A, LUKAS LEONARDO GREGGIO GONCALVES - SP411679-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013165-61.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAGUACAMP DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: FELIPE ALBERTO VERZA FERREIRA - SP232618-A, LUKAS LEONARDO GREGGIO GONCALVES - SP411679-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 141072539) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 140166335) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que sendo o ICMS tributo indireto, repassado para "dentro" do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 141378423).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013165-61.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

APELADO: MAGUACAMP DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: FELIPE ALBERTO VERZA FERREIRA - SP232618-A, LUKAS LEONARDO GREGGIO GONCALVES - SP411679-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, coma compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'.

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo. Prejudicado o pedido de tutela.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

3. Agravo improvido. Pedido de tutela prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo. Prejudicado o pedido de tutela, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5011931-04.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LEONE SANTOS SILVA

Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5011931-04.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LEONE SANTOS SILVA

Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por LEONE SANTOS SILVA, em face de ato praticado pelo GERENTE EXECUTIVO DO INSS UNIDADE LESTE, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora, concluir a análise do requerimento administrativo de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, protocolizado em 18/06/2019, sob o nº 1372995708.

Medida liminar deferida (ID 137000136).

Indeferido o pedido de nova intimação para que o impetrado apresente as informações, previamente requeridas pelo juízo de piso (ID 137000145).

O Ministério Público Federal na primeira instância, manifestou-se pela extinção do feito sem resolução do mérito, ante a perda superveniente de interesse processual (ID 137000146).

Por meio da sentença, o MM. Juiz *a quo*, concedeu a segurança pleiteada. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário (ID 137000147).

Inconformado, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da r. sentença, em razão da impossibilidade de fixação de prazo por ausência de fundamentação legal, dos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível e dos princípios de isonomia e impessoalidade.

Sustenta, ainda, a inaplicabilidade dos prazos definidos nos artigos 49 da Lei nº 9.784/99 e 41-A da Lei nº 8.213/91, para os fins pretendidos pelos segurados.

Subsidiariamente, caso seja acolhido o pleito do impetrante, requer que seja adotado como parâmetro temporal o prazo de 90 dias definido pelo Supremo Tribunal Federal na modulação dos efeitos no julgamento do Recurso Extraordinário n. 631.240/MG, o qual seria mais razoável frente aos demais prazos dispostos em linhas pretéritas (ID 137000152).

Intimado, o impetrante apresentou contrarrazões (ID 137000158).

O MPF em seu parecer, opinou pelo regular prosseguimento do feito (ID 144018908).

É o relatório.

VOTO

Cumpra destacar que o Órgão Especial desta E. Corte se manifestou no sentido de que cabe à Segunda Seção deste Tribunal, o julgamento de mandado de segurança contra omissão de agente do INSS relativa à análise de pedido administrativo de aposentadoria. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA. ANDAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMORA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. O pedido do writ, demanda originária, busca sanar, tão-somente, a demora administrativa no julgamento do pedido formulado pelo impetrante (pedido administrativo de aposentadoria).

2. Compete às Turmas integrantes da Segunda Seção o processamento do mandamus. Precedente: TRF3, Órgão Especial, CC - 0014775-39.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial I DATA:16/05/2017.

3. Conflito improcedente.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21546 - 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 11/04/2018, e-DJF3 Judicial I DATA:19/04/2018)

A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.

Ademais, a emenda Constitucional 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88).

A fim de concretizar o princípio da eficiência e racionalizar a atividade administrativa, foram editadas leis que prescrevem prazos para conclusão de processos administrativos.

Dispõem artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal):

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em 30 (trinta) dias.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784 /99. VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO. ART. 5º, INCISO LV, DA CF/88. SENTENÇA MANTIDA.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado por Futurama Ribeirão Preto Com/Imp/ e Exp/Ltda com o objetivo de obter vistas para a extração de cópias dos processos administrativos mencionados na peça inicial. Argumenta a impetrante que protocolou os requerimentos de vista e cópia dos P.A. em 23/11/2011 e até a impetração do writ (09/01/2012) não foram analisados.

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo, 48, 49 e 24) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Além de não ter sido oferecida resposta ao requerimento da autora/impetrante em tempo razoável, houve afronta ao direito do administrado à ciência quanto ao trâmite do feito administrativo a ele concernente, como consignado pelo MPF nos termos previstos expressamente no artigo 3º, inciso II, da citada Lei n.º 9.784/99.

- O regramento destacado encontra supedâneo no disposto pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que consagra o direito ao contraditório, como corretamente assinalado pelo Juízo singular.

- Remessa oficial a que se nega provimento."(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 338433 - 0000052-87.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 07/06/2017, e-DJF3 Judicial I DATA:05/07/2017)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784 /99. SENTENÇA MANTIDA.

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo 59, § 1º) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Dessa forma, apresentado o recurso administrativo em 31/05/2010, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal e que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, bem como o elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, proferisse decisão quanto ao recurso administrativo interposto. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja respondido.

- Remessa oficial a que se nega provimento."(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 338291 - 0005543-31.2011.4.03.6126, Rel. JUIZ CONVOCADO SIDMAR MARTINS, julgado em 17/02/2016, e-DJF3 Judicial I DATA:08/03/2016)

"PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB - CONSULTA ADMINISTRATIVA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB - LEGITIMIDADE - PEDIDO SEM RESPOSTA - VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - O impetrante protocolou consulta junto à E. Comissão de Ética e Disciplina da 22ª Subseção da OAB/SP objetivando esclarecer situação de seu interesse no tocante à possibilidade de utilização de peças de procedimentos administrativos instaurados contra si para instruir reclamações a serem propostas contra magistrados, não obtendo qualquer resposta. Correta, assim, a interposição da ação constitucional contra o Presidente do Tribunal de Ética, o qual tem competência para corrigir o ato impugnado. II - A Ordem dos Advogados do Brasil desempenha um serviço público (art. 44 da Lei nº 8.906/94) e, nessa qualidade, está obrigada a respeitar em seus procedimentos as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil (art. 68 da Lei nº 8.906/94). O pedido administrativo apresentado pelo impetrante enseja a abertura de um procedimento, o qual está sujeito à incidência de certos princípios, dentre os quais o do devido processo legal, o do impulso oficial e o da efetividade. III - O pedido de consulta apresentado à Comissão de Ética e Disciplina enseja ao impetrante o direito de obter uma resposta, seja ela qual for (CF, artigo 5º, XXXIII). Não se admite que a autoridade silencie, quede-se inerte sobre o pedido devidamente formulado. IV - Violado o direito líquido e certo do impetrante, o mandado de segurança há de ser provido para que seja emitida uma resposta ao pedido, no prazo razoável de 30 (trinta) dias. V - Apelação provida."(AMS 00098705020094036106, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/08/2012..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE INSCRIÇÃO NA OAB. INSTALAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANÁLISE DE IDONEIDADE MORAL. IMPETRANTE QUE RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LEI Nº 9.784/99. PRAZO. DECISÃO PENDENTE. MORA ADMINISTRATIVA. 1. Prevê a Constituição Federal no inciso LXXVIII do artigo 5º que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. 2. No mesmo sentido, dispõe os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, tendo a Administração o dever de emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Dispõe, ainda, que concluída a instrução do processo administrativo, a Administração tem prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 3. No caso dos autos, verifica-se da documentação juntada com a inicial que a fase de instrução do Procedimento Administrativo Disciplinar NOX-277.010, foi concluída em 25/09/2012, encontrando-se o feito pendente de julgamento após a apresentação das razões finais pelo impetrante em 03/10/2012. 4. Pela análise dos documentos juntados aos autos, verifica-se que o prazo estipulado no artigo 49 da Lei nº 9.784/99 já foi ultrapassado há bastante tempo restando configurada a existência de mora administrativa quanto ao julgamento do pedido de inscrição do impetrante perante os quadros da OAB. 5. Diante do escoamento do prazo fixado em lei, é fundamental que seja proferida decisão, independentemente do reconhecimento ou não da pretensão do impetrante. 6. A fim de evitar que os procedimentos se eternizem, em regra estipula-se um prazo para que as eventuais pendências em processos ou procedimentos sejam cumpridas, não podendo ficar o impetrante sem solução para o seu requerimento. 7. Se o impetrante deixou de providenciar informações que fossem do seu interesse, pode a OAB decidir com base no que já consta dos autos do procedimento administrativo. 8. Remessa oficial e apelação desprovidas." (AMS 00080212220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Ademais, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 11.665/08, dispõe que: O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão.

Deste modo, não se falar em ofensa aos princípios da reserva do possível, da eficiência, da isonomia (arts. 5º e 37 da CF) ou princípio da separação dos poderes.

Também não merece acolhimento a invocação do princípio da reserva do possível ao passo é que dever constitucional do Estado zelar pela boa prestação do serviço público, bem como não há que se cogitar da aplicação do entendimento fixado no RE nº 631.240/MG, eis que o julgado trata de situação diversa ao caso em tela, vez que não se pleiteia a manifestação sobre suposto direito a benefício previdenciário, mas sim, a determinação para a conclusão do procedimento administrativo em debate.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.

2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

3. Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88).

4. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer ao princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.

5. Ademais, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 11.665/08, dispõe que: O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão. Deste modo, não se falar em ofensa aos princípios da reserva do possível, da eficiência, da isonomia (arts. 5º e 37 da CF) ou princípio da separação dos poderes.

6. Também não merece acolhimento a invocação do princípio da reserva do possível ao passo é que dever constitucional do Estado zelar pela boa prestação do serviço público, bem como não há que se cogitar da aplicação do entendimento fixado no RE nº 631.240/MG, eis que o julgado trata de situação diversa ao caso em tela, uma vez que não se pleiteia a manifestação sobre suposto direito a benefício previdenciário, mas sim, a determinação para a conclusão do procedimento administrativo em debate.

7. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000857-52.2017.4.03.6108

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FERRAGENS SAO CARLOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: OMAR AUGUSTO LEITE MELO - SP185683-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000857-52.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FERRAGENS SAO CARLOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: OMAR AUGUSTO LEITE MELO - SP185683-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 140328532) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 133079455) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que sendo o ICMS tributo indireto, repassado para "dentro" do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas. Alega, ainda, que o ICMS a ser excluído é o efetivamente recolhido e não o destacado na nota fiscal. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 142904283).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000857-52.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FERRAGENS SAO CARLOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: OMAR AUGUSTO LEITE MELO - SP185683-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, coma compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "latura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'.

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta E. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000133-62.2020.4.03.6134

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: REGIANE BERENGUEL RODRIGUES

Advogado do(a) PARTE AUTORA: REGIANE BERENGUEL RODRIGUES - SP309896-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000133-62.2020.4.03.6134

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: REGIANE BERENGUEL RODRIGUES

Advogado do(a) PARTE AUTORA: REGIANE BERENGUEL RODRIGUES - SP309896-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por REGIANE BERENGUEL RODRIGUES na qual pretende provimento jurisdicional que lhe assegure a implantação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Afirma, em síntese, que apesar de ter sido reconhecido seu direito à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, nos autos do procedimento administrativo referente ao NB42/176.375.385-6, até a presente data a referida prestação previdenciária não fora devidamente implantada.

Foi indeferido o pedido liminar.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações.

Por meio da sentença (ID 137654490), o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para determinar ao impetrado que implante o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/176.375.385-6, nos exatos termos em que reconhecido administrativamente, em favor da impetrante. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer (ID 138008307), opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000133-62.2020.4.03.6134

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: REGIANE BERENGUEL RODRIGUES

Advogado do(a) PARTE AUTORA: REGIANE BERENGUEL RODRIGUES - SP309896-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que o Órgão Especial desta E. Corte se manifestou no sentido de que cabe à Segunda Seção deste Tribunal o julgamento de mandado de segurança contra omissão de agente do INSS relativa à análise de pedido administrativo de aposentadoria. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA. ANDAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMORA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. O pedido do writ, demanda originária, busca sanar, tão-somente, a demora administrativa no julgamento do pedido formulado pelo impetrante (pedido administrativo de aposentadoria).

2. Compete às Turmas integrantes da Segunda Seção o processamento do mandamus. Precedente: TRF3, Órgão Especial, CC - 0014775-39.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2017.

3. Conflito improcedente.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21546 - 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 11/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2018)

A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.

Ademais, a emenda Constitucional 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A fim de concretizar o princípio da eficiência e racionalizar a atividade administrativa, foram editadas leis que prescrevem prazos para conclusão de processos administrativos.

Dispõem artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal):

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em 30 (trinta) dias.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784/99. VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO. ART. 5º, INCISO LV, DA CF/88. SENTENÇA MANTIDA.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado por Futurama Ribeirão Preto Com/ Imp/ e Exp/ Ltda com o objetivo de obter vistas para a extração de cópias dos processos administrativos mencionados na peça inicial. Argumenta a impetrante que protocolou os requerimentos de vista e cópia dos P.A. em 23/11/2011 e até a impetração do writ (09/01/2012) não foram analisados.

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigos, 48, 49 e 24) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Além de não ter sido oferecida resposta ao requerimento da autora/impetrante em tempo razoável, houve afronta ao direito do administrado à ciência quanto ao trâmite do feito administrativo a ele concernente, como consignado pelo MPF nos termos previstos expressamente no artigo 3º, inciso II, da citada Lei n.º 9.784/99.

- O regramento destacado encontra supedâneo no disposto pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que consagra o direito ao contraditório, como corretamente assinalado pelo Juízo singular.

- Remessa oficial a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 338433 - 0000052-87.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 07/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/07/2017)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784 /99. SENTENÇA MANTIDA.

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo 59, § 1º) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Dessa forma, apresentado o recurso administrativo em 31/05/2010, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal e que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, bem como o elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, proferisse decisão quanto ao recurso administrativo interposto. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja respondido.

- Remessa oficial a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 338291 - 0005543-31.2011.4.03.6126, Rel. JUIZ CONVOCADO SIDMAR MARTINS, julgado em 17/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2016)

"PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB - CONSULTA ADMINISTRATIVA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB - LEGITIMIDADE - PEDIDO SEM RESPOSTA - VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - O impetrante protocolou consulta junto à E. Comissão de Ética e Disciplina da 22ª Subseção da OAB/SP objetivando esclarecer situação de seu interesse no tocante à possibilidade de utilização de peças de procedimentos administrativos instaurados contra si para instruir reclamações a serem propostas contra magistrados, não obtendo qualquer resposta. Correta, assim, a interposição da ação constitucional contra o Presidente do Tribunal de Ética, o qual tem competência para corrigir o ato impugnado. II - A Ordem dos Advogados do Brasil desempenha um serviço público (art. 44 da Lei nº 8.906/94) e, nessa qualidade, está obrigada a respeitar em seus procedimentos as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil (art. 68 da Lei nº 8.906/94). O pedido administrativo apresentado pelo impetrante enseja a abertura de um procedimento, o qual está sujeito à incidência de certos princípios, dentre os quais o do devido processo legal, o do impulso oficial e o da efetividade. III - O pedido de consulta apresentado à Comissão de Ética e Disciplina enseja ao impetrante o direito de obter uma resposta, seja ela qual for (CF, artigo 5º, XXXIII). Não se admite que a autoridade silencie, quede-se inerte sobre o pedido devidamente formulado. IV - Violado o direito líquido e certo do impetrante, o mandado de segurança há de ser provido para que seja emitida uma resposta ao pedido, no prazo razoável de 30 (trinta) dias. V - Apelação provida."(AMS 00098705020094036106, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/08/2012..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE INSCRIÇÃO NA OAB. INSTALAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANÁLISE DE IDONEIDADE MORAL. IMPETRANTE QUE RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LEI Nº 9.784/99. PRAZO. DECISÃO PENDENTE. MORA ADMINISTRATIVA. 1. Prevê a Constituição Federal no inciso LXXVIII do artigo 5º que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. 2. No mesmo sentido, dispõe os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, tendo a Administração o dever de emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Dispõe, ainda, que concluída a instrução do processo administrativo, a Administração tem prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 3. No caso dos autos, verifica-se da documentação juntada com a inicial que a fase de instrução do Procedimento Administrativo Disciplinar NOX-277.010, foi concluída em 25/09/2012, encontrando-se o feito pendente de julgamento após a apresentação das razões finais pelo impetrante em 03/10/2012. 4. Pela análise dos documentos juntados aos autos, verifica-se que o prazo estipulado no artigo 49 da Lei nº 9.784/99 já foi ultrapassado há bastante tempo restando configurada a existência de mora administrativa quanto ao julgamento do pedido de inscrição do impetrante perante os quadros da OAB. 5. Diante do escoamento do prazo fixado em lei, é fundamental que seja proferida decisão, independentemente do reconhecimento ou não da pretensão do impetrante. 6. A fim de evitar que os procedimentos se eternizem, em regra estipula-se um prazo para que as eventuais pendências em processos ou procedimentos sejam cumpridas, não podendo ficar o impetrante sem solução para o seu requerimento. 7. Se o impetrante deixou de providenciar informações que fossem do seu interesse, pode a OAB decidir com base no que já consta dos autos do procedimento administrativo. 8. Remessa oficial e apelação desprovidas."(AMS 00080212220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seu pedido.

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.
5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003460-95.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LOJAO ITAPEVI COMERCIO DE CONFECÇOES LTDA.

Advogado do(a) APELADO: VINICIUS VICENTIN CACCAVALI - SP330079-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003460-95.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LOJAO ITAPEVI COMERCIO DE CONFECÇOES LTDA.

Advogado do(a) APELADO: VINICIUS VICENTIN CACCAVALI - SP330079-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 140330701) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 135010819) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e deu parcial provimento à apelação da União Federal, apenas para reconhecer a impossibilidade de deferimento de pedido de restituição de valores no feito.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que sendo o ICMS tributo indireto, repassado para "dentro" do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas. Alega, ainda, que o ICMS a ser excluído é o efetivamente recolhido e não o destacado na nota fiscal, bem como ao determinar a exclusão do ICMS destacado houve *reformatio in pejus*. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 142815914).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003460-95.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LOJAO ITAPEVI COMERCIO DE CONFECÇOES LTDA.

Advogado do(a) APELADO: VINICIUS VICENTIN CACCAVALI - SP330079-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'.

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos acórdãos, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial I DATA: 06/12/2018).

Assim, estando a decisão agravada nos termos do RE nº 576.706, inexistente *reformatio in pejus*.

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033499-64.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: ZI MOL INDUSTRIA E COMERCIO DE MOLAS LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES - SP128341-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Agravo de instrumento interposto por ZI MOL INDUSTRIA E COMERCIO DE MOLAS LTDA - EPP contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu pedido liminar que objetiva excluir os valores das contribuições ao PIS e à COFINS de suas respectivas bases de cálculo (PIS e COFINS) (Id. 42667988 dos autos de origem).

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, à vista do *periculum in mora*, decorrente de prejuízo financeiro.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificado o deferimento da providência pleiteada. Acerca da atribuição de efeito suspensivo em agravo de instrumento, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

[...]

Evidencia-se, assim, que a outorga do efeito suspensivo é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso.

No que se refere ao *periculum in mora*, a recorrente desenvolve os seguintes argumentos:

“Outrossim, é de grande relevância ressaltar, que estando inscrita na Dívida Ativa da União Federal, a AGRAVANTE ficaria com o seu nome desprestigiado, o que acarretaria eventuais prejuízos também de ordem financeira.”

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso, em que apenas foi suscitado genericamente prejuízo financeiro. Note-se que há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC 20.630/MS, AgRg na MC 17.677/RJ, AgRg na MC 14.052/SP e AgRg na MC 13.052/RJ) e desta 4ª Turma (AI 0026670-65.2014.4.03.0000) segundo os quais o cumprimento da norma para a simples exigibilidade de tributo não caracteriza o perigo da demora. Frise-se que a violação à lei, à Constituição Federal e aos princípios invocados não diz respeito à urgência, mas ao mérito da controvérsia. Desse modo, ausente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO o efeito suspensivo.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil. Posteriormente, à vista de que se trata de agravo de instrumento dependente de mandado de segurança, intime-se o Ministério Público Federal que oficia no segundo grau para oferecimento de parecer como fiscal da lei, conforme o inciso III do mesmo dispositivo.

Publique-se.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000071-57.2017.4.03.6124

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SANTIAGO COMERCIO DE COUROS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO MARCHIORI - SP199440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000071-57.2017.4.03.6124

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SANTIAGO COMERCIO DE COUROS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO MARCHIORI - SP199440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 140330820) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 133079435) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que sendo o ICMS tributo indireto, repassado para “dentro” do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas. Alega, ainda, que o ICMS a ser excluído é o efetivamente recolhido e não o destacado na nota fiscal, bem como ao determinar a exclusão do ICMS destacado houve *reformatio in pejus*. Requer, ainda, a fixação dos honorários advocatícios quando da liquidação da sentença e não nos percentuais mínimos do art. 85, do CPC, devendo ser aplicado o disposto no §4º, II, do mesmo dispositivo legal. Alega, ainda, que eventual restituição somente poderá ser efetuada via precatório. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 142702683).

É o relatório.

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PISE E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Assim, estando a decisão agravada nos termos do RE nº 576.706, inexistente *reformatio in pejus*.

Reconhecido o indébito, resta evidente que a repetição se dará via compensação administrativa ou por restituição de valores via precatório.

Ademais, não se trata de sentença ilícida, tendo em vista a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, pode ser feita por mero cálculo aritmético, sendo inaplicável o disposto no art. 85, §4º, II, do CPC.

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0040122-65.2010.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: SALUSSE MARANGONI ADVOGADOS, SALUSSE, MARANGONI, PARENTE E JABUR ADVOGADOS

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ HENRIQUE VANO BAENA - SP206354-A, SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ HENRIQUE VANO BAENA - SP206354-A, SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0040122-65.2010.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: SALUSSE MARANGONI ADVOGADOS, SALUSSE, MARANGONI, PARENTE E JABUR ADVOGADOS

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ HENRIQUE VANO BAENA - SP206354-A, SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal, ajuizada em 17.11.2010, pela FAZENDA NACIONAL em face de AMAPO SERVIÇOS GRÁFICOS LTDA., objetivando a cobrança de débitos relativos ao SIMPLES, períodos de apuração: 01/1997 a 10/2000, vencimentos: 12.02.1997 a 10.11.2000, constituídos por Termo de Confissão Espontânea, com notificação pelo DOU em 19.01.2006.

Despacho citatório proferido em 25.11.2010.

Citação da executada, via postal, efetivada em 17.12.2010, conforme aviso de recebimento acostado aos autos.

Certificado pelo Oficial de Justiça que, em 06.04.2011, dirigiu-se à Rua Acarapé, 316, São Paulo, onde foi atendido por uma pessoa que se identificou como Antonio Milton Amaral e que declarou ser o proprietário da residência, informando que a empresa executada havia sido sua inquilina, mas já teria se mudado para local desconhecido há muitos anos.

Em face da referida certidão, a execução foi suspensa, em 25.07.2011, com fundamento no art. 40 da Lei nº 6.830/80, com ciência pessoal à exequente em 01.08.2011.

Em 15.08.2011, a União requereu o redirecionamento da execução à Sra. Isabel Amaral Possatto, em razão da dissolução irregular da sociedade devedora.

Citação da sócia executada em 09.08.2012, conforme certidão do Oficial de Justiça, não tendo sido procedida à penhora por não ter o servidor localizado bens, exceto os que guarneciam sua residência.

Em face dessa nova certidão, a execução foi suspensa, em 06.02.2013, com fundamento no art. 40 da Lei nº 6.830/80, com ciência pessoal à exequente em 29.04.2013.

Em 08.05.2013 a União requereu o rastreamento e bloqueio de valores da empresa e da sócia executada em instituições financeiras, através do sistema BACENJUD, até o valor atualizado do débito em cobrança.

A sócia executada foi intimada acerca do bloqueio judicial de valores em 18.06.2014.

Interpostos embargos à execução pela sócia executada, os quais foram declarados extintos, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, IV, do CPC, c/c o art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80, sob o fundamento de que não se pode admitir embargos à execução quando o valor constricto judicialmente corresponde a menos de 0,1% do valor do débito, sob pena de permitir a subversão da regra estabelecida no § 1º, do art. 16, da LEF.

Apresentada exceção de pré-executividade pela sócia, alegando: ocorrência de prescrição, uma vez que os débitos objeto desta demanda foram incluídos no PAES, previsto na Lei nº 10.684/03, em 24.07.2003, o que culminou a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, nos termos do art. 151, VI, do CTN, tendo ocorrido sua exclusão do citado parcelamento em 01.04.2005, em virtude do atraso do pagamento das parcelas, voltando o débito a ser exigível, todavia, a presente execução fiscal somente foi ajuizada em 13.10.2010, ou seja, após o decurso do lustro prescricional, previsto no art. 174 do CTN; ausência de participação da excipiente no processo administrativo que ensejou a CDA, em desrespeito ao art. 5º, LV, da CF; a mera dissolução irregular não implica na responsabilidade de terceiro; ausência dos requisitos dos arts. 134 e 135 do CTN para inclusão da executada neste feito, uma vez que não consta dos autos, tendo em vista que o simples inadimplemento da obrigação tributária não gera a responsabilidade solidária dos sócios, responsáveis e/ou administradores e, como prova da ausência de responsabilidade da excipiente com relação ao débito da empresa executada constante da CDA, observe-se que este foi constituído por meio de confissão espontânea de dívida pela pessoa jurídica, não tendo a excipiente cometido qualquer ato com excesso de poder, infração à lei ou ao contrato social da empresa devedora nem com culpa ou dolo pelo não recolhimento do tributo exigido pela União, motivo pelo qual os créditos tributários consubstanciados na CDA em tela devem ser extintos, ao menos com relação à ora excipiente.

Acolhido em parte o pedido formulado na exceção, para reconhecer a prescrição dos créditos referentes aos períodos de janeiro de 1997 a julho de 1998 e, considerando que não foram respeitados os conteúdos mínimos contidos no princípio do processo legal (contraditório e ampla defesa), ante a ausência de procedimento de responsabilização, foi determinada a exclusão da sócia do polo passivo deste feito, bem como a suspensão da execução fiscal, nos termos do art. 40 da Lei nº 6.830/80.

Opostos embargos de declaração pela excipiente, os quais foram acolhidos para condenar a exequente a pagar os honorários advocatícios do patrono da executada, fixados em R\$ 69.000,00, na forma do art. 85 do CPC.

A União interpôs agravo de instrumento, em sede do qual foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal, em 17.04.2017, para afastar a ocorrência da prescrição, bem como determinar a reinclusão da sócia Isabel Amaral Possatto no polo passivo da execução fiscal.

Em 29.05.2017, a exequente requereu fosse providenciada pesquisa junto ao sistema BACENJUD para bloqueio de ativos financeiros dos executados, até o limite do débito cobrado nesta execução, na forma prevista pelo art. 854 do CPC.

Bloqueado o valor de R\$ 734,13, em nome da sócia executada, sendo determinado, em 05.10.2017, a transferência dos valores bloqueados.

Em 27.11.2017, a União requereu a suspensão do feito até o julgamento do agravo de instrumento, pautado para 07.12.2017.

Em 05.03.2018, a exequente, considerando o resultado do agravo de instrumento, requereu a conversão em renda do valor bloqueado, pleito deferido.

Requerido pela União, em 23.07.2018, o sobrestamento da execução fiscal pelo prazo de 90 dias, tendo em vista que haviam sido solicitadas providências administrativas.

Em 29.03.2019, a exequente requereu a suspensão da presente execução fiscal, nos termos do art. 40, *caput*, da Lei nº 6.830/80 e do art. 20 da Portaria PGFN nº 396/2016, bem como que, decorrido, após a suspensão, o prazo de um ano sem manifestação, o arquivamento dos autos, consoante o disposto no art. 40, § 2º, da LEF.

Em 15.04.2019 foi suspenso o curso da execução fiscal, com fundamento no art. 40 da Lei nº 6.830/80.

Em petição protocolada em 05.04.2019 e juntada em 16.04.2019, a União requereu a extinção da execução fiscal, sem qualquer ônus para as partes, com fundamento no art. 26 da Lei nº 6.830/80, tendo em vista o cancelamento da CDA nº 80.4.10.004968-48, constando do documento anexo à petição que a CDA foi extinta por decisão administrativa (ID 107787632, p. 17).

Em razão do cancelamento da inscrição do débito na Dívida Ativa, conforme noticiado pelo exequente, foi declarada extinta a execução fiscal, nos termos do disposto no art. 26 da Lei nº 6.830/80.

Interposto recurso de apelação pelos patronos da excipiente, aduzindo: nulidade da sentença, ante a ausência de apreciação do pedido de intimação da Procuradoria da Fazenda Nacional para que apresentasse cópias das decisões administrativas que culminaram na extinção da execução fiscal; inaplicabilidade do art. 26 da LEF; inobservância do disposto no art. 90 do CPC; prevalência dos princípios da causalidade e da isonomia.

Comcontrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0040122-65.2010.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: SALUSSE MARANGONI ADVOGADOS, SALUSSE, MARANGONI, PARENTE E JABUR ADVOGADOS

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ HENRIQUE VANO BAENA - SP206354-A, SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

Todavia, no caso dos autos, houve o cancelamento da CDA, em razão de decisão administrativa, sem constar dos autos a data em que proferida e o teor da referida decisão, o que seria necessário para se constatar quem deu causa ao ajuizamento da execução fiscal.

Desse modo, entendo deva ser anulada a sentença, para que seja intimada a Procuradoria da Fazenda Nacional, a fim de que apresente em juízo cópia das decisões administrativas que ensejaram o cancelamento da CDA nº 80.4.10.004968-48.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso de apelação dos patronos da excipiente**, para anular a sentença, a fim de ser intimada a Procuradoria da Fazenda Nacional para apresentar cópia das decisões administrativas que ensejaram o cancelamento da CDA nº 80.4.10.004968-48, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA CDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS MOTIVOS DO CANCELAMENTO.

I - A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

II - Todavia, no caso dos autos, houve o cancelamento da CDA, em razão de decisão administrativa, sem constar dos autos a data em que proferida e o teor da referida decisão, o que seria necessário para se constatar quem deu causa ao ajuizamento da execução fiscal.

III - Desse modo, entendo deva ser anulada a sentença, para que seja intimada a Procuradoria da Fazenda Nacional, a fim de que apresente em juízo cópia das decisões administrativas que ensejaram o cancelamento da CDA nº 80.4.10.004968-48.

IV - Recurso de apelação dos patronos da excipiente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso de apelação dos patronos da excipiente, nos termos do voto do Des. Fed.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006531-35.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: 4WARD SERVICOS E COMERCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ROGERIO DAVID CARNEIRO - RJ106005-S, DANIEL SOARES GOMES - ES22158-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, 4WARD SERVICOS E COMERCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: DANIEL SOARES GOMES - ES22158-A, ROGERIO DAVID CARNEIRO - RJ106005-S

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006531-35.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: 4WARD SERVICOS E COMERCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ROGERIO DAVID CARNEIRO - RJ106005-S, DANIEL SOARES GOMES - ES22158-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, 4WARD SERVICOS E COMERCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: DANIEL SOARES GOMES - ES22158-A, ROGERIO DAVID CARNEIRO - RJ106005-S

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 140025779) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 136659451) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento às apelações da União Federal e da impetrante, bem como à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que a exclusão do ISS não se encontra abrangido pelo julgamento proferido pelo E. STF no RE nº 574.706, sendo que o C. STJ já se pronunciou em sede de Recurso Especial Repetitivo nº 1.330.737 pela sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706 e do julgamento do RE nº 592.616.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 143380102).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006531-35.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: 4WARD SERVICOS E COMERCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ROGERIO DAVID CARNEIRO - RJ106005-S, DANIEL SOARES GOMES - ES22158-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, 4WARD SERVICOS E COMERCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: DANIEL SOARES GOMES - ES22158-A, ROGERIO DAVID CARNEIRO - RJ106005-S

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHONSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/A CORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

- Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

- No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

- In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

- Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

- A correção do indébito deve ser aquela estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

- No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de indébitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Apelação da Autora provida."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 300605 - 0002938-20.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 24/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/01/2018), entendimento este extensivo à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A propósito, destaco que a Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ISS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033568-96.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: POSTO SOL DA DUTRA LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: WALQUIRIA VILELA DA COSTA TELES - SP362606, AMANDA VERRI GOMES DE JESUS - SP362577, JUNIOR VIANA DE AZEVEDO - RJ141439

AGRAVADO: CONCESSIONARIA DA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA S/A, AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Agravo de instrumento interposto pelo POSTO SOL DA DUTRA LTDA, contra decisão que, em tutela antecipada antecedente, declarou prejudicado o exame da liminar, ao fundamento de que esta corte já analisou a questão no AI nº 5023976-28.2020.4.03.0000 e deferiu a providência para o fechamento dos acessos localizados na Rodovia Presidente Dutra na altura do km 129+741 e km 129+648 - Norte - Caçapava/SP (Id. 36401174 dos autos originais).

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, à vista do *periculum in mora*, em razão do prejuízo à atividade empresarial que será instalada.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificado o deferimento da providência pleiteada. Acerca da atribuição de efeito suspensivo em agravo de instrumento, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator; se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

[...]

Evidencia-se, assim, que a outorga do efeito suspensivo é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso.

No que se refere ao *periculum in mora*, a recorrente desenvolveu o seguinte argumento:

"Considerando que o Agravante está prestes a iniciar as suas operações, já tendo obtido diversos documentos (licença de operação, alvará do corpo de bombeiros), este ajuizou a presente ação cautelar, pois o seu funcionamento sem os "acessos" abertos lhe trará diversos prejuízos financeiros, com risco de não conseguir cumprir o contrato com a Petrobrás Distribuidora, advindo daí penalidades, além de prejudicar a abertura de empresas e arrecadação de impostos.

(...)

Pelos provas coligidas, a probabilidade de provimento do presente recurso é evidente, visto que não há insegurança viária que importe em fechamento dos "acessos". Por outro lado, está presente o perigo de dano e resultado útil do processo, pois, sem os "acessos", a atividade empresarial do Agravante está fadada ao insucesso."

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso, em que apenas foi suscitado genericamente prejuízo à atividade empresarial que sequer foi ainda instalada, pois ainda está em fase de preparação para entrar em funcionamento. Ademais, há provimento desta corte favorável à parte contrária no agravo de instrumento nº 5023976-28.2020.4.03.0000 acerca da questão posta neste recurso, tal como consignado na decisão atacada. Frise-se que a violação à lei, à Constituição Federal e aos princípios invocados não diz respeito à urgência, mas ao mérito da controvérsia. Desse modo, ausente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO o efeito suspensivo.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5033217-26.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: CARLOS SILVA SANTOS NETO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL CEZAR DOS SANTOS - SP342475-A, CARLOS EDUARDO GOMES CALLADO MORAES - SP242953-A, PAMELA DE ANDRADE STEMPLIUK - SP376490

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CARLOS SILVA SANTOS NETO contra decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo" que indeferiu a liminar.

Narra que foi eleito candidato a Vereador pelo Município de Mongaguá/SP, e, no caso telado, o indeferimento do pedido liminar está ocasionando dano direto e irreparável ao Agravante, que está de mãos atadas na busca pelo exercício de seus direitos políticos e na sua diplomação nos próximos dias 15 a 18 de dezembro de 2020.

Afirma que ajuizou ação anulatória com vistas a anular o Processo Administrativo Disciplinar nº 2012/002660, uma vez que este processo padece de nulidades absolutas.

Ressalta que o processo administrativo disciplinar se originou por meio de denúncia ofertada pela senhora Lurdes de Freitas, aduzindo, em síntese, que o ora Agravante teria retido indevidamente valor pago a título de assessoria de financiamento no montante de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Destaca que, segundo a denunciante, teria incorrido em erro e desídia ao proceder a verificação de condição do financiamento da casa que pretendia adquirir e não conseguiu, razão pela qual faria jus a devolução dos valores que teriam sido cobrados para tanto.

Explica que o processo disciplinar correu à revelia, posto que não foi regularmente intimado dos termos e atos processuais, o que inviabilizou a apresentação de defesa, realização de sustentação oral em Primeira e Segunda Instâncias, e interposição de Recurso Administrativo ao Órgão Superior (COFECI), em violação a ampla defesa, devido processo legal, contraditório e ao duplo grau de jurisdição (art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição Federal de 1988).

Aduz que o referido processo apresenta prolação de parecer por agente incompetente (não inscrito na OAB) e vício emato processual imprescindível à regularidade da instauração do processo.

Salienta que, mesmo após todas essas falhas procedimentais, que não foram revisitadas por nenhum membro do órgão, foi excluído do seu Conselho de Classe em decorrência de suposta infração ético-profissional, com trânsito em julgado em 28 de fevereiro de 2017.

Anota que interpôs Recurso de Reconsideração ao COFECI em outubro/2020, comprovando todas essas falhas procedimentais existentes, no entanto, o Órgão Superior do CRECI está com as atividades suspensas, tendo a previsão de retomar apenas em janeiro/2021 em razão da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

Registra que, com a apresentação do processo administrativo pelo CRECI, houve por bem o magistrado indeferir o pedido liminar, aduzindo, em síntese, que "(...) a análise aprofundada quanto à existência de nulidades ensejadoras da extinção do procedimento é matéria inerente ao mérito".

Consigna que a diplomação do Agravante ocorrerá em breve, sendo certo que não pode esperar toda a instrução processual para a anulação daquele processo, uma vez que o seu direito de ser diplomado perecerá.

Alega que os princípios do contraditório e da ampla defesa no âmbito administrativo devem ser respeitados de forma efetiva, sendo que a imposição de qualquer punição ou restrição de direitos só é legitimada constitucionalmente se respeitado o devido processo legal, o que não ocorreu.

Assevera que o Excelso Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral do tema para reafirmar que na condução do processo administrativo, qualquer seja a sua natureza, há o dever de cumprir o rito do devido processo legal em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Informa que não pode ser considerada válida a punição para qual não houve o amplo direito de defesa, já que somente foi cientificado do julgamento quando da notificação para entrega de sua carteira funcional, ou seja, quando a pena de exclusão da entidade já tinha sido tomada.

Argumenta que não há qualquer prova de que o parecer exarado pelo setor jurídico do CRECI, que deu origem à Representação e, por isso, validade a esta, tenha sido exarado por advogado, pois a assinatura que consta do parecer não revela que este tenha sido escrito e assinado por membro da Ordem dos Advogados do Brasil.

Esclarece que a ausência de sua qualificação completa no Termo de Representação viola diretamente o art. 48, parágrafo único, da Resolução COFECI nº 146/82 e também os princípios da finalidade e proporcionalidade, na medida em que a celauna outrora instalada não mais existe, visto que procedeu a devolução dos valores requeridos mediante acordo formalizado.

Ressalta que o risco ao resultado útil do processo reside no fato de que seu o registro de candidatura já foi indeferido, com fulcro no art. 1º, I, alínea "m", da LC n. 64/90, com redação dada pela LC n. 135/2010, bem como que a cerimônia de diplomação está próxima.

Consigna que o Juízo Eleitoral, que negou o registro de sua candidatura, foi claro ao asseverar que a análise dos vícios formais do procedimento administrativo disciplinar deve ser realizada pela Justiça Comum.

Frise que foi eleito para o cargo de Vereador do Município de Mongaguá/SP nas eleições municipais de 2020, sendo o terceiro Vereador mais votado da cidade, com 946 (novecentos e quarenta e seis) votos válidos, sendo que sua votação somente ainda não foi contabilizada por conta de causa de inelegibilidade derivada desse procedimento administrativo instaurado no CRECI e questionado nos autos principais.

Requer a concessão da tutela recursal.

DECIDIDO

Não há plausibilidade no direito invocado pelo agravante.

Deveras tomou ciência da decisão do órgão disciplinar para devido cumprimento no endereço indicado em 19 de julho de 2017.

A matéria esbarrou no seu interesse político de ser diplomado para o cargo de vereador.

AEC nº 107/2020 adiou, por conta da pandemia que assolou o país, a realização dos 1º e 2º turno de eleições, para 15 e 29 de novembro do corrente. Em decorrência o registro de candidaturas que inicialmente era até 15 de agosto passou a ser dia 26 de setembro.

Portanto desde 26 de setembro tinha o agravante ciência de que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade, que podem atingir os candidatos, postulantes de mandatos eletivos, tinham que ser observadas.

A decisão de diplomação, refoge da Justiça Federal Comum, e se imbrica, por competência constitucional com a Justiça Federal Eleitoral.

Demais disso, as matérias desenvolvidas em sede de agravo, não admitem análise profunda pretendida, apta a anular decisão administrativa "ad limine", o que poderia já ter sido agitado pelo agravante desde julho de 2017.

Assim considerando que não vejo plausibilidade no direito invocado, indefiro a concessão de tutela como requerida.

Intime-se o agravado, para querendo, responder.

Dê-se ciência ao MM. Juízo recorrido.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031253-95.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: LCL TEXTIL COMERCIO E IMPORTACAO LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIEL BETTAMIO TESSER - SP208351-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Agravo de instrumento interposto por LCL TEXTIL COMERCIO E IMPORTACAO LTDA contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar que objetiva *determinar à autoridade impetrada que apresente, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a cópia integral do processo administrativo nº 15771.721180/2020-65; devolva à impetrante o prazo de 30 (trinta) dias para contrapor razões à representação lavrada, nos termos do artigo 43, parágrafo 1º, alínea "b", da Instrução Normativa RFB nº 1.634/2016; desbloqueie o acesso da impetrante ao e-CAC; adote todas as medidas necessárias para manter a situação cadastral da impetrante no CNPJ como "ativa", permitindo o livre exercício de sua atividade econômica até o trânsito em julgado do processo administrativo nº 15771.721179/2020-31; e adote as medidas necessárias para que as futuras operações de importação realizadas pela impetrante não sejam automaticamente direcionadas para parametrização no canal cinza de conferência aduaneira, ao fundamento de que a impetrante foi devidamente intimada do teor do edital encaminhado para a sua caixa postal em 08/09/2020 (Id. 41356298 dos autos de origem).*

Sustenta a agravante, em síntese, que:

a) no desenvolvimento de sua atividade empresarial, adquiriu mercadorias do exterior, mas em março de 2020, foi surpreendida com a retenção de tais produtos e início de procedimento especial de controle aduaneiro – PECA – IN RFB nº 1.169/11, com posterior lavratura do auto de infração, PAF nº 15771.721179/2020-31, com vistas a verificar a regularidade das operações;

b) apresentada a impugnação, a agravada inaugurou contra a recorrente outro procedimento especial para inaptdão de seu CNPJ, processo nº 15771.721180/2020-65, como bloqueio do e-cac, o que a impediu de ter conhecimento da acusação e, em consequência, ciência do prazo para ofertar a defesa administrativa, em violação ao devido processo legal;

c) a recorrida alegou tratar-se de procedimento regular a realização de intimação por meio de "edital eletrônico", para que os contribuintes compareçam a um balcão presencial para ciência e apresentação de defesa, o que não deve ser aceito, visto que a agravante não poderia adivinhar o teor de uma notificação digital;

d) a inaptdão do CNPJ acarretará a parametrização indiscriminada de todas as suas importações para o canal cinza de conferência aduaneira e abrirá deliberadamente procedimento especial de fiscalização, motivo pelo qual será impedida de exercer suas atividades comerciais, em ofensa ao artigo 21 da INSRF 680/06.

Pleiteia a concessão de tutela recursal antecipada, à vista do *periculum in mora*, decorrente da impossibilidade de atuar no comércio exterior e do real obstáculo que a impede de exercer sua atividade econômica.

Nesta fase de cognição da matéria posta, evidencia-se a urgência alegada, motivo pelo qual, nos termos do artigo 995 do CPC, passo à análise da probabilidade do direito considerados os elementos constantes dos autos.

Objetiva a recorrente acesso ao sistema e-cac, a concessão de novo prazo para impugnação, além da reativação de seu CNPJ, ao argumento de que foi declarada sua inaptdão indevidamente, em ofensa ao devido processo legal, visto que não foi intimada para apresentar defesa pelo meio regular, o e-cac, o qual foi bloqueado.

Na espécie, verificou-se que contra a agravante foi instaurado procedimento especial de controle aduaneiro (PECA) nº 13032.192165/2020-25 no qual, “apurou-se a Interposição Fraudulenta na Importação, por presunção legal, pois a impetrante não demonstrou a regular origem dos recursos que lastrearam as operações. Também foram constatados outros elementos que reforçaram a ocorrência de Interposição Fraudulenta de terceiros”. (fl. 03 do ID 40855138). Posteriormente, à vista da insuficiente justificação, o fisco procedeu à lavratura do auto de infração, PAF nº 15771.721179/2020-31 (Id. 40019153 - Pág. 5/75 dos autos de origem), e iniciou outro procedimento especial para inaptdão do CNPJ, processo nº 15771.721180/2020-65, como bloqueio do acesso à plataforma e-cac.

Denota-se dos autos de origem, que a questão relativa ao procedimento para a inaptdão da inscrição no CNPJ está disciplinada na Instrução Normativa RFB nº 1863/2018, artigos 41, inciso III e 44, § 1º, incisos I e II:

Art. 41. Pode ser declarada inapta a inscrição no CNPJ da pessoa jurídica:

(...)

III – com irregularidade em operações de comércio exterior, assim considerada aquela que não comprovar a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência, se for o caso, dos recursos empregados em operações de comércio exterior, na forma prevista em lei.

(...)

Art. 44. No caso de pessoa com irregularidade em operações de comércio exterior, de que trata o inciso III do caput do art. 41, o procedimento administrativo de declaração de inaptdão deve ser iniciado por representação consubstanciada com elementos que evidenciem o fato descrito no citado inciso.

§ 1º A unidade da RFB com jurisdição para fiscalização dos tributos sobre comércio exterior que constatar o fato ou a unidade de exercício do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pelo procedimento fiscal, ao acatar a representação citada no caput, deve:

I - intimar a pessoa jurídica, por meio de edital publicado no site da RFB na Internet, no endereço informado no § 1º do art. 12, ou alternativamente no DOU, para, no prazo de 30 (trinta) dias: (grifei)

a) regularizar a sua situação; ou

b) contrapor as razões da representação; e

II – suspender a inscrição no CNPJ da pessoa jurídica citada no inciso I a partir da data de publicação do edital mencionado nesse mesmo inciso.

Conforme a legislação anteriormente colacionada, não se constata o suscitado cerceamento ao direito de defesa, dado que a norma autoriza a notificação do contribuinte por meio de publicação de edital no “sítio da RFB na Internet” ou “alternativamente no DOU”. Assim procedeu o fisco, uma vez que, conforme indicado na decisão agravada, a impetrante foi devidamente intimada do teor do edital, visto que ele (edital) foi encaminhado para a sua Caixa Postal na data de “08/09/2020 14:54:05”, conforme documento de ID 40855150, fl. 118, não impugnado pela contribuinte.

Oportuno ressaltar que a agravante acostou aos autos de origem diversas intimações recebidas relativamente aos procedimentos fiscais a que está submetida. E todas essas notificações constam a indicação de “termo de ciência por abertura de mensagem – comunicado”, cuja notificação se deu por meio de caixa postal (Id. 40019153 - Pág. 111, Id. 40019153 - Pág. 360, Id. 40019153 - Pág. 371, Id. 40019153 - Pág. 487, Id. 40019153 - Pág. 498 e Id. 40019153 - Pág. 500).

Desse modo, a alegação da recorrente de que, ao ser bloqueada no sistema e-cac, não poderia adivinhar o teor de uma notificação digital não pode ser aceita, visto que, desde o primeiro procedimento fiscal lhe cumpriria ser diligente no tocante à tramitação dos PAF e às inúmeras intimações administrativas, especialmente porque a informação constante no corpo do edital eletrônico nº 006432272 ressaltava: “o e-processo supracitado está à disposição do contribuinte em qualquer unidade da RFB, preferencialmente na ALFÂNDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO – SP”.

Ante o exposto, **INDEFIRO a antecipação da tutela recursal.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil. Posteriormente, à vista de que se trata de agravo de instrumento dependente de mandado de segurança, intime-se o Ministério Público Federal que oficia no segundo grau para oferecimento de parecer como fiscal da lei, conforme o inciso III do mesmo dispositivo.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029780-11.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: CCS TECNOLOGIA E SERVICOS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO GONINI BENICIO - SP195470-A, CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, SEBRAE - SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS EM SÃO PAULO, SESI - SERVIÇO SOCIAL DA INDUSTRIA, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI

DE C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto pela **CCS TECNOLOGIA E SERVICOS LTDA** contra decisão que, em sede de mandado de segurança, determinou a exclusão das instituições FNDE, INCRA, SEBRAE, SESI e o SENAI do polo passivo para que a demanda prossiga tão somente em relação ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Limeira e indeferiu a liminar que objetiva autorização para deixar recolher as contribuições a terceiros em decorrência da alegada inconstitucionalidade advinda da EC 33/2001. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (Id. 107079504 - Pág. 2).

Em sessão de 05/06/2020, a Quarta Turma desta corte negou provimento ao agravo e declarou prejudicados os embargos de declaração anteriormente opostos (Id. 133730101). Contra referido aresto foram opostos novos aclaratórios (Id. 134531618). Enquanto se aguardava o julgamento do recurso, sobreveio a prolação da sentença, conforme cópia acostada aos autos (Id. 141548388) e verificado no sistema eletrônico de acompanhamento processual da Justiça Federal de primeira instância (Id. 37569726 dos autos de origem).

À vista do exposto, **DECLARO PREJUDICADOS O AGRAVO DE INSTRUMENTO E OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, nos termos dos artigos 7º, § 3º, da Lei nº 12.016/09 e 932, inciso III, do Código de Processo Civil, ante a superveniente perda de objeto.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, observadas as cautelas legais, arquivem-se os autos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030067-37.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: CGE SOCIEDADE FABRICADORA DE PECAS PLASTICAS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por CGE SOCIEDADE FABRICADORA DE PECAS PLASTICAS LTDA contra decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu pedido liminar que objetivava excluir os valores das contribuições ao PIS e à COFINS de suas respectivas bases de cálculo (PIS e COFINS) (Id. 41041072 dos autos de origem).

Enquanto se aguardava o julgamento do recurso, sobreveio a prolação da sentença, conforme verificado no sistema eletrônico de acompanhamento processual da Justiça Federal de primeira instância (Id. 42486688 dos autos de origem).

À vista do exposto, **DECLARO PREJUDICADO O AGRAVO DE INSTRUMENTO**, nos termos dos artigos 7º, § 3º, da Lei nº 12.016/09 e 932, inciso III, do Código de Processo Civil, ante a superveniente perda de objeto.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, observadas as cautelas legais, arquivem-se os autos.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005206-84.2015.4.03.6002

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO NOGUEIRA DA SILVA - MS13300-A

APELADO: MARCELO DE ALMEIDA COUTINHO

Advogado do(a) APELADO: MARCELO DE ALMEIDA COUTINHO - MS8295-A

D E C I S Ã O

Apeleção interposta pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO MATO GROSSO DO SUL (Id. 137318003 – págs. 76/91) contra sentença que julgou extinto o feito executivo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, incisos IV e VI, do CPC (Id. 137318003 – págs. 71/73).

Enquanto se aguardava o julgamento, a apelante pleiteou a desistência do recurso, nos termos do artigo 998 do CPC (Id. 146647702).

À vista do exposto, **HOMOLOGO A DESISTÊNCIA DA APELAÇÃO**, nos termos do artigo 998 do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Intime-se.

Oportunamente, observadas as cautelas legais, remetam-se os autos à origem.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026938-24.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: FURACON SISTEMAS DE CORTES E PERFURACOES EM CONCRETO LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por THREE BOND DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA contra decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu a liminar que objetivava a declaração de inconstitucionalidade das contribuições destinadas ao "sistema s" (SENAI, SESI, SESC, SENAC e SENAT) ou, subsidiariamente, suspender a exigibilidade de tais exações na parte que exceder a 20 salários mínimos (Id. 38169029 dos autos de origem).

Enquanto se aguardava o julgamento do recurso, sobreveio a prolação da sentença, conforme cópia acostada aos autos (Id. 148681016) e verificado no sistema eletrônico de acompanhamento processual da Justiça Federal de primeira instância (Id. 40812957 dos autos de origem).

À vista do exposto, **DECLARO PREJUDICADO O AGRAVO DE INSTRUMENTO**, nos termos dos artigos 7º, § 3º, da Lei nº 12.016/09 e 932, inciso III, do Código de Processo Civil, ante a superveniente perda de objeto.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, observadas as cautelas legais, arquivem-se os autos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000537-55.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: NORDESTE PARTICIPACOES S.A

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO DE LIMANAVES - MG91166-A, RAFAEL FABIANO DOS SANTOS SILVA - MG116200-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Manifestem-se as partes no prazo de 05 (cinco) dias sobre a petição Id. 146642982, na qual o Serviço Social do Comércio - SESC requer sua intervenção no feito como assistente litisconsorcial da União.

Publique-se.

Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029467-16.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: ENERCAMP ENGENHARIA E COMERCIO LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO FERREIRA CASTELLANI - SP209877-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

À vista do pedido de justiça gratuita, deverá a agravante comprovar a alegação de hipossuficiência, nos termos do artigo 99, § 2º, do CPC.

Publique-se e intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0017895-71.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Ids. 146573828 fs. 02/25 e 146573829 fs. 01/16) apenas no efeito devolutivo, consoante o artigo 1.012, §1º, inciso III, do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006852-90.2019.4.03.6103

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: MOGIGLASS ARTIGOS PARA LABORATORIOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: DIOGENYS DE FREITAS BARBOZA - SP394794-A, EDUARDO CORREA DA SILVA - SP242310-A, GILBERTO RODRIGUES PORTO - SP187543-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id. 145519989) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que denegou a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014934-22.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: MURCHED OMAR TAHA

Advogados do(a) APELANTE: ENRIQUE DE ABREU LEWANDOWSKI - SP295656-A, JOSE ROMEU GARCIA DO AMARAL - SP183567-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id.145073200) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5895628-82.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ARISTEU TERTUCIANO

Advogado do(a) APELADO: MARCELO PANTOJA - SP103839-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5895628-82.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ARISTEU TERTUCIANO

Advogado do(a) APELADO: MARCELO PANTOJA - SP103839-N

OUTROS PARTICIPANTES:

R E L A T Ó R I O

Trata-se de embargos de terceiro, interpostos por ARISTEU TERTULIANO em face da UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), alegando, em síntese: em 02.03.2004, o ora embargante arrematou em público leilão o imóvel de Matrícula nº 17.180 do 2º Cartório de Registro de Imóveis de São Caetano do Sul, conforme Carta de Arrematação levada a Termo em 30.05.2005 e homologada em 04.08.2005; como se observa da aludida Matrícula, o imóvel em tela já se encontrava hipotecado em favor do ora embargante desde 01.09.1995 e penhorado, também em favor do embargante, desde 13.06.1995; todavia, a pedido da União, nos autos da Execução Fiscal nº 0006052-59.2006.8.26.0565, em 14.10.2011 foi decretada a indisponibilidade de bens de José Luiz Lambstain, o mesmo devedor que foi executado pelo ora embargante nos idos de 1996 e que era então proprietário do referido imóvel; o decreto de indisponibilidade, conforme se observa da Averbação Av.6 da Matrícula nº 17.180, efetivada em 03.02.2012, atingiu o imóvel em questão, ato construtivo que se busca ver cancelado através da presente ação.

Em sua contestação, a Fazenda Nacional reconheceu o alegado pelo embargante.

Embargos de terceiro julgados procedentes, nos termos do art. 487, I, do CPC, determinando o levantamento da indisponibilidade, sem fixação de verba de sucumbência, sob os seguintes fundamentos: o reconhecimento da embargada implica em confissão no que se refere à veracidade do alegado na inicial, que diz respeito à aquisição de boa-fé pelo embargante no que se refere ao imóvel indisponibilizado, cujos direitos foram comprovados pelo adquirente; se o compromisso de compra e venda já estivesse sedimentado em domínio e registrado no cartório competente, inexistiria a construção; a construção ocorreu também por desídia do embargante em não promover a regularização do domínio, devendo cada parte arcar com as custas pertinentes e com os honorários de seus respectivos patronos.

Interposto recurso de apelação pela União, requerendo a condenação do embargante ao pagamento da verba honorária, aduzindo que a apelante não se opôs ao pedido formulado pelo apelado, mas requereu a condenação deste no ônus de sucumbência, pelo fato de ter dado causa ao ajuizamento da ação, à medida em que não averbou na matrícula do imóvel a aquisição do bem. Acrescenta não há se falar que o registro da propriedade não foi efetuado por circunstâncias alheias ao embargante, pois a Carta de Arrematação foi expedida em 07.07.2009, ou seja, mais de dois anos antes da decretação a indisponibilidade, determinada em 14.10.2011, sendo inequívoco o fato, assim, de que a averbação na matrícula do imóvel não se consumou por negligência do apelado, o que deu ensejo à indisponibilidade indevida, motivo pelo qual a sentença deve ser reformada para que o apelado seja condenado ao pagamento de honorários advocatícios à apelante.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5895628-82.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ARISTEU TERTUCIANO

Advogado do(a) APELADO: MARCELO PANTOJA - SP103839-N

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

Conforme documentação acostada nos IDs 82429148, p. 2, e 82429151, p. 2, verifica-se que a Carta de Arrematação foi emitida em 07.07.2009 e o embargante recebeu as chaves do imóvel arrematado em 12.09.2012.

Por sua vez, a indisponibilidade de bens do devedor, Sr. José Luiz Lambstain, foi efetivada em 03.02.2012, pelo 2º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de São Caetano do Sul-SP (ID 82429165, p. 1).

Ao contrário do alegado pelo apelado, não constam dos autos quaisquer impedimentos para que o embargante providenciasse o registro da Carta de Arrematação, emitida em 07.07.2009, mesmo antes de estar com as chaves do imóvel em tela.

Portanto, a indisponibilidade de bens do executado somente alcançou o bem em questão por desídia do arrematante em promover o registro da referida Carta perante o Cartório competente.

Desse modo, razão assiste à apelante, devendo o embargante ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios à União, face ao princípio da causalidade, que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa nestes embargos, nos termos do art. 85, § 3º, inciso I, do NCPC.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso de apelação da União**, para condenar o embargante ao pagamento da verba honorária, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. CONCORDÂNCIA DA EMBARGADA. AUSÊNCIA DE REGISTRO DA CARTA DE ARREMATACÃO NO CARTÓRIO COMPETENTE. DESÍDIADO EMBARGANTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

I - A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

II - Conforme documentação acostada nos IDs 82429148, p. 2, e 82429151, p. 2, verifica-se que a Carta de Arrematação foi emitida em 07.07.2009 e o embargante recebeu as chaves do imóvel arrematado em 12.09.2012.

III - Por sua vez, a indisponibilidade de bens do devedor, Sr. José Luiz Lambstain, foi efetivada em 03.02.2012, pelo 2º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de São Caetano do Sul-SP (ID 82429165, p. 1).

IV - Ao contrário do alegado pelo apelado, não constam dos autos quaisquer impedimentos para que o embargante providenciasse o registro da Carta de Arrematação, emitida em 07.07.2009, mesmo antes de estar com as chaves do imóvel em tela.

V - Portanto, a indisponibilidade de bens do executado somente alcançou o bem em questão por desídia do arrematante em promover o registro da referida Carta perante o Cartório competente.

VI - Desse modo, razão assiste à apelante, devendo o embargante ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios à União, face ao princípio da causalidade, que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa nestes embargos, nos termos do art. 85, § 3º, inciso I, do NCPC.

VII – Recurso de apelação da União provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso de apelação da União, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199) Nº 5014995-77.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: LOUIS DREYFUS COMPANY BRASIL S.A.

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

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199) Nº 5014995-77.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: LOUIS DREYFUS COMPANY BRASIL S.A.

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

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por LOUIS DREYFUS COMPANY BRASIL S.A., em face de ato praticado pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SP - DERAT, objetivando provimento jurisdicional que determine a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, para que não sejam mais óbices a qualquer pedido de restituição ou ressarcimento.

Narra a impetrante, que vem sendo intimada a realizar compensação de ofício na forma do artigo 89 da IN/SRF 1.717/2017, com débitos tributários suspensos por depósito judicial.

O Ministério Público Federal na primeira instância, manifestou-se pelo prosseguimento do feito (ID 142920688).

Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou informações (ID 142920696/142920702).

Medida liminar deferida (ID 142920707).

Por meio da sentença, o MM. Juíza *quo* concedeu a segurança pleiteada. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário (ID 142920714).

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer, opinou pelo prosseguimento do feito (ID 143397577).

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5014995-77.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: LOUIS DREYFUS COMPANY BRASIL S.A.

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

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão dos autos, cinge-se em averiguar eventual direito líquido e certo da impetrante, no tocante ao reconhecimento da suspensão da exigibilidade dos créditos tributários descritos na inicial, para que não sejam mais óbices a qualquer pedido de restituição ou ressarcimento.

Aduz a impetrante, que vem sendo intimada a realizar compensação de ofício na forma do artigo 89 da IN/SRF 1.717/2017, com débitos tributários suspensos por depósito judicial.

Dispõe o artigo 151, II, do CTN, que o depósito do montante integral do débito suspende a respectiva exigibilidade.

Já a Súmula 112, do c. STJ afirma que o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.

Nesse sentido, esta E. Corte já se manifestou, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SEGURO GARANTIA. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. DEPÓSITO INTEGRAL E EM DINHEIRO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à suspensão de exigibilidade do crédito tributário.

2. No período anterior à constituição do crédito tributário ou naquele compreendido entre a constituição definitiva e a propositura da execução fiscal, é legítima a antecipação de garantia com o fito de obter certidão de regularidade fiscal e salvaguardar o exercício da atividade empresarial.

3. Nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça e esta Corte Federal: AGARESP 201303026358, REGINA HELENA COSTA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:04/08/2015 ..DTPB.: A1 00228402820134030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/05/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.

4. No caso dos autos, de fato, foi ajuizada a ação anulatória (autos nº 29691-25.2013.4.01.3400), no bojo da qual, mediante agravo de instrumento (autos nº 0044261-31.2013.4.01.0000) foi deferida tutela provisória para expedição de certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, mediante oferecimento de seguro garantia.

5. Ocorre que, conforme argumenta a apelante, a decisão proferida no agravo de instrumento em tela acolheu a caução ofertada somente para obtenção de certidão de regularidade fiscal, não se manifestando sobre a suspensão da exigibilidade do crédito.

6. A esse respeito, ressalta-se que as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, inclusive das verbas acessórias, seguem regime de estrita legalidade (artigo 97, VI, do CTN).

7. Nesse sentido, esclarece a Súmula 112 do STJ que "o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro."

8. De outra parte, destaca-se que o seguro garantia judicial equivale à penhora levada a efeito nos autos, razão pela qual não se equipara ao depósito do montante integral do débito, como causa suspensiva disposta no art. 151, II, do CTN, haja vista que o dispositivo elenca situações taxativas.

9. Portanto, não há que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito em cobro ou em irregularidade no ajuizamento da execução fiscal.

10. Apelação provida, para determinar o prosseguimento da execução fiscal

(e.TRF-3, Apelação Cível 2075119/SP, 0044486-75.2013.4.03.6182, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, 3ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2018)

In casu, a impetrada apresentou informações, declarando a ocorrência de inconsistências no sistema SIEF- Sistema Integrado de Informações Econômico Fiscais, em relação aos débitos previdenciários, gerando a notificação quanto aos débitos suspensos por depósito judicial, indevidamente.

Assim, considerando que não é possível a correção por meio do sistema automatizado, cabe à impetrada providenciar para que as restituições sejam realizadas de forma manual, como sugerido.

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. SIEF. INCONSISTÊNCIAS. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. Dispõe o artigo 151, II, do CTN, que o depósito do montante integral do débito suspende a respectiva exigibilidade.
2. Súmula 112, do c. STJ afirma que o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro
3. A impetrada apresentou informações, declarando a ocorrência de inconsistências no sistema SIEF - Sistema Integrado de Informações Econômico Fiscais, em relação aos débitos previdenciários, gerando a notificação quanto aos débitos suspensos por depósito judicial, indevidamente.
4. Considerando que não é possível a correção por meio do sistema automatizado, cabe à impetrada providenciar para que as restituições sejam realizadas de forma manual.
5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002719-83.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: SCW INDUSTRIA COMERCIO E DISTRIBUIDORA LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARIA APARECIDA DE SOUZA SEGRETTI - SP118881-A, JOAO BATISTA TAMASSIA SANTOS - SP103918-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002719-83.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: SCW INDUSTRIA COMERCIO E DISTRIBUIDORA LTDA - ME

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto por SCW Indústria, Comércio e Distribuidora Ltda. contra decisão (fls. 161; ID 316979) que, em sede de Execução Fiscal, rejeitou a Exceção de Pré-Executividade oposta pelo agravante (fls. 103 a 120), pela qual requereu o reconhecimento da prescrição do crédito tributário, da ilegalidade da cobrança do encargo de 20%, previsto pelo Decreto-Lei 1.025/1969 e da nulidade da CDA.

Inconformada com a decisão, a parte agravante interpõe o presente recurso, requerendo seja reconhecida a prescrição do crédito tributário e da nulidade da CDA, dada a não discriminação da cobrança do encargo de 20%, previsto pelo Decreto-Lei 1.025/1969.

A União Federal apresentou contraminuta (ID 420508).

Indeferido o pedido de efeito suspensivo (ID 591893).

É o relatório.

VOTO

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Deveras, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como aquele da situação dos autos, o e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que for posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010).

Súmula 436/STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco."

A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo *ad quem* de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

O marco temporal que define a aplicação da redação original ou modificada é a data do despacho citatório, conforme decidido no julgamento do REsp 999.901/RS: se anterior à entrada em vigor da Lei Complementar 118/05, apenas a citação do devedor interrompe a prescrição; se posterior à entrada em vigor da LC 118/05, o despacho citatório por si só interrompe a prescrição, em ambos os casos a contagem do prazo retroagindo à data do ajuizamento da ação.

O despacho citatório foi proferido em 10.11.1998 (fls. 5), portanto antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05, em 09.06.2005, aplicando-se ao caso concreto a redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Conforme mencionado, para que ocorra a interrupção do prazo prescricional à data do ajuizamento da Execução, **é necessário que se proceda à citação**, conforme a redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; não é outro o sentido do art. 219, §§1º a 4º, do Código de Processo Civil de 1973, caso contrário bastaria ao dispositivo prever a interrupção por força unicamente do ajuizamento, independente da citação – no caso de atos anteriores à entrada em vigor da LC 118/05, conforme ora ocorre.

Oportuno colacionar os dispositivos em questão:

*Art. 219. **A citação válida** torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e **interrompe a prescrição.*** (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar; não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Os dispositivos mencionados, por um lado protegem o interesse público do Fisco quanto à cobrança dos créditos tributários e, de outro, preveem limite ao que poderia vir a ser uma eternização da ação executiva. Assim, se o ajuizamento interrompe a prescrição, representando a efetivação do direito de ação, **de outro polo se demanda que seja promovida a citação do executado (repita-se, para os atos anteriores à entrada em vigor da LC 118/05).**

Para que a parte autora não se visse prejudicada por eventual morosidade atribuível à máquina judiciária no tocante à promoção da citação, a redação do art. 219, §2º, do CPC/73 foi modificada pela Lei 8.952/94, conforme segue:

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

O entendimento veio inclusive a ser objeto de Súmula editada pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 106/STJ: PROPOSTA A AÇÃO NO PRAZO FIXADO PARA O SEU EXERCÍCIO, A DEMORA NA CITAÇÃO, POR MOTIVOS INERENTES AO MECANISMO DA JUSTIÇA, NÃO JUSTIFICA O ACOLHIMENTO DA ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA.

Ora, ajuizada a Execução (art. 219, §1º, CPC/73) e não realizada a citação, houve-se por não interrompida a prescrição (art. 219, §5º, CPC/73), incumbindo à Fazenda promover a citação, não a prejudicando a eventual demora imputável ao serviço judiciário (art. 219, §2º, CPC/73).

No caso em tela, a constituição dos créditos tributários inscritos sob o nº **80.4.02.014946-15** ocorreu por meio da DCTF 6395065 (fls. 2 a 4; ID 316958), entregue em 10.05.2000 (fls. 157; ID 316977), de maneira que o prazo prescricional se esgotaria em 10.05.2005. A Execução Fiscal foi ajuizada em 27.11.2002 (fls. 2).

No entanto, não é possível vislumbrar se ocorreu a prescrição, como quer a agravante. Além dos dados mencionados, constam das cópias acostadas ao presente Agravo somente o despacho citatório proferido em 17.04.2008 (fls. 61; ID 316960), além da citação realizada em 20.10.2008, conforme certidão. Desse modo, não é possível constatar se houve decurso de prazo ou se o caso concreto se enquadra na Súmula 106/STJ.

Sabe-se que a denominada "Exceção de Pré-Executividade" admite a defesa do executado sem a garantia do juízo somente nas hipóteses excepcionais de ilegitimidade de parte ou pagamento documentalmente comprovados, cancelamento de débito, anistia, remissão e outras situações reconhecíveis de plano, ou seja, a sua admissibilidade deve basear-se em prova inequívoca não sendo cabível nos casos em que há necessidade de produção de provas ou mesmo quando o magistrado entender ser pertinente ouvir a parte contrária para o seu convencimento.

A fim de pacificar o entendimento, destaco, ainda, que o C. STJ tratou do tema por meio da edição da Súmula nº 393, abaixo transcrita:

"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória."

Em suma, não há que se falar na prescrição dos créditos.

Por sua vez, encontra-se consolidada a jurisprudência quanto a ser inadmissível a Exceção de Pré-Executividade para a verificação de liquidez e certeza da CDA.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANULAÇÃO DE CDA PELA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.

(...)
4. A Exceção de Pré-Executividade não é cabível quando, para a verificação da liquidez e certeza da CDA, é preciso revolver o acervo fático-jurídico dos autos. Nesses termos: REsp 1.104.900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 25/3/2009, DJe 1/4/2009; AgRg no AREsp 449.834/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 1/9/2015, DJe 14/9/2015; AgRg no Ag 1.199.147/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/6/2010, DJe 30/6/2010.

5. Recurso Especial provido, para restabelecer a decisão de primeira instância.
(STJ, REsp 1847958/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 12.05.2020)

Ademais, os elementos por indicar na CDA constam dos art. 2º, §§2º e 5º, da Lei 6.830/80 e 202 do Código Tributário Nacional, gozando a dívida de presunção de liquidez e certeza, conforme o art. 204 do CTN. Conforme consignado na decisão agravada, no caso em tela a CDA contém todos os elementos exigidos pela legislação pertinente. Destarte, não infirmada sua higidez.

A legalidade do encargo legal previsto pelo Decreto-Lei 1.025/69 foi, reiteradas vezes, confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, além de pacificado tal entendimento ainda por ocasião da edição da Súmula 168 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Desse modo, nas Execuções Fiscais da União Federal, o encargo de 20% previsto pelo art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69 é sempre devido, e se destina a cobrir todas as despesas, inclusive os honorários advocatícios, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei 1.645/78, necessários para a cobrança judicial da dívida ativa da União. Acresce observar que, ante o critério da especialidade, prevalece sobre o previsto pelo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a Súmula mencionada e julgados pertinentes:

Súmula 168/TFR: O encargo de 20% do Decreto-lei 1.025/69, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios.

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Tributário. 3. Embargos à execução fiscal. 4. Encargo legal do Decreto-Lei 1.025/69. Matéria infraconstitucional. 5. Cobrança de PIS. 6. Mero inconformismo que objetiva revolvimento fático-probatório. Incidência da Súmula 279. Precedentes. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, RE-AgR 671683, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, Sessão Virtual de 23 a 29.09.2016)

1. O encargo previsto no Decreto-lei 1.025/1969 engloba honorários sucumbenciais e verbas destinadas ao aparelhamento e desenvolvimento da arrecadação fiscal, nos termos dos artigos 3º, parágrafo único, e 4º da Lei 7.711/1988, combinado com Decreto-Lei 1.437/1975.

2. Em razão do caráter especial deste encargo frente ao artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, prevalece por critério de especialidade, o teor do artigo 1º do Decreto-Lei 1.025/1969 quando se tratar de execução fiscal proposta pela União em face de outras pessoas jurídicas de direito público.

3. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp 1538950/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 27.11.2015)

Face ao exposto, nego provimento ao Agravo de Instrumento, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO DOS CRÉDITOS. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA. PRAZO DE CINCO ANOS. ESCOAMENTO DO PRAZO PRESCRICIONAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INADMISSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. CDA. HIGIDEZ. DECRETO-LEI 1.025/1969. LEGALIDADE DO ENCARGO.

1. A constituição do crédito tributário, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorre com a data do vencimento ou com a entrega da declaração pertinente, o que for posterior, de acordo com o princípio da *actio nata*. Precedentes do STJ.

2. A interrupção da prescrição pela citação do devedor, conforme a redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, aplicável ao caso, retroage à data do ajuizamento da ação. REsp 1.120.295/STJ.

3. A Lei Complementar 118/05 é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência, iniciada em 09.06.2005. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação. REsp 999.901/RS.

4. É tida por não interrompida a prescrição com o ajuizamento da ação se não há a promoção do ato citatório pela parte exequente. Art. 219, §§2º a 4º, CPC/73.

5. No caso em tela, a constituição dos créditos tributários inscritos sob o nº **80.4.02.014946-15** ocorreu por meio da DCTF 6395065 (fs. 2 a 4; ID 316958), entregue em 10.05.2000 (fs. 157; ID 316977), de maneira que o prazo prescricional se esgotaria em 10.05.2005. A Execução Fiscal foi ajuizada em 27.11.2002 (fs. 2).

6. No entanto, não é possível vislumbrar se ocorreu a prescrição, como quer a agravante. Além dos dados mencionados, constam das cópias acostadas ao presente Agravo somente o despacho citatório proferido em 17.04.2008 (fs. 61; ID 316960), além da citação realizada em 20.10.2008, conforme certidão. Desse modo, não é possível constatar se houve decurso de prazo ou se o caso concreto se enquadra na Súmula 106/STJ.

7. Sabe-se que a denominada "Exceção de Pré-Executividade" admite a defesa do executado sem a garantia do juízo somente nas hipóteses excepcionais de ilegitimidade de parte ou pagamento documentalmente comprovados, cancelamento de débito, anistia, remissão e outras situações reconhecíveis de plano, ou seja, a sua admissibilidade deve basear-se em prova inequívoca não sendo cabível nos casos em que há necessidade de produção de provas ou mesmo quando o magistrado entender ser pertinente ouvir a parte contrária para o seu convencimento.

8. A CDA foi elaborada de acordo com as normas legais que regem a matéria, discriminando as leis que embasam o cálculo dos consectários legais e, portanto, preenche todas as exigências da Lei 6.830/1980, não restando afastada a presunção de liquidez e certeza do citado título.

9. Nas Execuções Fiscais da União Federal, o encargo de 20% previsto pelo art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69 é sempre devido, substituindo a condenação do devedor em honorários advocatícios. O entendimento foi pacificado por ocasião da edição da Súmula 168 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

10. Agravo de Instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003468-72.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ELETRO FORMING EQUIPAMENTOS PARA EMBALAGENS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: WALDIR SIQUEIRA - SP62767-A, MARCELO RIBEIRO DE ALMEIDA - SP143225-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ELETRO FORMING EQUIPAMENTOS PARA EMBALAGENS LTDA

Advogados do(a) APELADO: WALDIR SIQUEIRA - SP62767-A, MARCELO RIBEIRO DE ALMEIDA - SP143225-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003468-72.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ELETRO FORMING EQUIPAMENTOS PARA EMBALAGENS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: WALDIR SIQUEIRA - SP62767-A, MARCELO RIBEIRO DE ALMEIDA - SP143225-A

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 140330173) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 135010822) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e deu provimento à apelação da impetrante, para reconhecer a possibilidade de utilização do valor destacado na nota fiscal como parâmetro para cálculo do indébito.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que sendo o ICMS tributo indireto, repassado para "dentro" do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas. Alega, ainda, que o ICMS a ser excluído é o efetivamente recolhido e não o destacado na nota fiscal. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 143002774).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003468-72.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ELETRO FORMING EQUIPAMENTOS PARA EMBALAGENS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: WALDIR SIQUEIRA - SP62767-A, MARCELO RIBEIRO DE ALMEIDA - SP143225-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ELETRO FORMING EQUIPAMENTOS PARA EMBALAGENS LTDA

Advogados do(a) APELADO: WALDIR SIQUEIRA - SP62767-A, MARCELO RIBEIRO DE ALMEIDA - SP143225-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) *acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*

c) *entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'.

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PISE COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer descerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta E.g. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002245-72.2002.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: BORNHAUSEN E ZIMMER ADVOGADOS

Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL BARRETO BORNHAUSEN - SP226799-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: BANCO ABN AMRO REAL S.A., BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: RAFAEL BARRETO BORNHAUSEN - SP226799-A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: RAFAEL BARRETO BORNHAUSEN - SP226799-A

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002245-72.2002.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: BORNHAUSEN E ZIMMER ADVOGADOS

Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL BARRETO BORNHAUSEN - SP226799-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: BANCO ABN AMRO REAL S.A., BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: RAFAEL BARRETO BORNHAUSEN - SP226799-A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: RAFAEL BARRETO BORNHAUSEN - SP226799-A

RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal, ajuizada pela FAZENDA NACIONAL em face de BANCO ABN AMRO REAL S/A, tendo a exequente informado, posteriormente, a extinção da inscrição por pagamento.

Em cumprimento a determinação judicial, a exequente informou que o débito foi inscrito em Dívida Ativa em razão de declaração dos débitos em duplicidade pela parte executada.

Julgado extinta a execução fiscal, sem julgamento do mérito, tendo em vista que a CDA nº 80.2.01.002802-91 foi cancelada em razão de pagamento anterior à inscrição em Dívida Ativa, sem condenação da Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios, ao fundamento de que a execução foi proposta em razão de erro do contribuinte ao declarar os débitos em duplicidade, bem como tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei nº 6.830/80.

Interposto recurso de apelação pelos patronos do executado, requerendo a condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que a execução fiscal foi ajuizada em 06.02.2002, sendo que a exequente somente informou que a CDA estava extinta por pagamento em maio de 2017.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002245-72.2002.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: BORNHAUSEN E ZIMMER ADVOGADOS

Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL BARRETO BORNHAUSEN - SP226799-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: BANCO ABN AMRO REAL S.A., BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: RAFAEL BARRETO BORNHAUSEN - SP226799-A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: RAFAEL BARRETO BORNHAUSEN - SP226799-A

VOTO

A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

No caso dos autos, verifica-se que a inscrição do débito em Dívida Ativa ocorreu por erro do contribuinte, sendo que os embargos à execução fiscal interpostos pelo banco executado, nos quais alegava, entre outras questões, que o débito ora em cobrança havia sido pago, foram julgados improcedentes, sob o fundamento de que a embargante não tinha comprovado, de forma inequívoca, esse fato.

Desse modo, conquanto, posteriormente, a Receita Federal do Brasil tenha reconhecido o pagamento, não detectado à época, por erro do contribuinte, isso só ocorreu após o julgamento dos embargos.

Portanto, em face do princípio da causalidade, não há se falar em condenação da exequente ao pagamento da verba honorária.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação dos patronos do banco executado**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA CDA PELO PAGAMENTO. CONFIRMAÇÃO POSTERIOR AO JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

I - A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

II - No caso dos autos, verifica-se que a inscrição do débito em Dívida Ativa ocorreu por erro do contribuinte, sendo que os embargos à execução fiscal interpostos pelo banco executado, nos quais alegava, entre outras questões, que o débito ora em cobrança havia sido pago, foram julgados improcedentes, sob o fundamento de que a embargante não tinha comprovado, de forma inequívoca, esse fato.

III - Desse modo, conquanto, posteriormente, a Receita Federal do Brasil tenha reconhecido o pagamento, não detectado à época, por erro do contribuinte, isso só ocorreu após o julgamento dos embargos.

IV - Portanto, em face do princípio da causalidade, não há se falar em condenação da exequente ao pagamento da verba honorária.

V - Recurso de apelação dos patronos da parte executada improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso de apelação dos patronos do banco executado, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000220-11.2020.4.03.6104

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: SOCIEDADE ALFA LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: RAFAEL SILVA FERREIRA - SP294671-A, THIAGO TESTINI DE MELLO MILLER - SP154860-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5000220-11.2020.4.03.6104

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: SOCIEDADE ALFA LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: RAFAEL SILVA FERREIRA - SP294671-A, THIAGO TESTINI DE MELLO MILLER - SP154860-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela SOCIEDADE ALFA LTDA., em face de ato praticado pelo INSPETOR CHEFE DA ALFÂNDEGA DO PORTO DE SANTOS/SP, objetivando provimento jurisdicional que determine o imediato desembaraço aduaneiro das mercadorias descritas na DI nº 19/2225868-9.

Narra a impetrante, sociedade empresária voltada a importação e comercialização de máquinas e equipamentos para a limpeza e polimento de pisos, que em outubro de 2019, adquiriu máquinas acionadas a GLP (Gás Liquefeito de Petróleo), para posterior comercialização.

Todavia, o despacho de importação foi interrompido pela fiscalização da Alfândega do Porto de Santos, dada a ausência de certificação do INMETRO - Instituto Nacional e Metrologia, Qualidade e Tecnologia, quanto aos "cilindros de gás" que compõem as máquinas, apesar de não figurarem como objeto da importação.

Aduz a impetrante que as máquinas importadas são acionadas a GLP, que é armazenado em cilindros também fabricados nos EUA e, que, portanto, os cilindros de gás indicados na exigência são componentes do maquinário, que serão substituídos por cilindros certificados pelo INMETRO, logo após a nacionalização do produto.

Sustenta que a exigência de certificação ou anuência do INMETRO é abusiva e ilegal.

Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou informações (ID 136887526/136887527).

Medida liminar parcialmente deferida (ID 136887530).

O Ministério Público Federal na primeira instância, manifestou-se pelo prosseguimento do feito, aduzindo a inexistência de interesse a justificar sua manifestação quanto ao mérito da lide (ID 136887539).

Por meio da sentença, o MM. Juiz *quo* concedeu parcialmente a segurança pleiteada. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário (ID 136887559).

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer, opinou pelo prosseguimento do feito (ID 1382300379).

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5000220-11.2020.4.03.6104

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: SOCIEDADE ALFA LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: RAFAEL SILVA FERREIRA - SP294671-A, THIAGO TESTINI DE MELLO MILLER - SP154860-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Consagrou o legislador constitucional, no artigo 170, verbis:

"Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

Parágrafo único- É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previsto em lei".

A Portaria nº 418, de 05/11/2010 do INMETRO, em seu art. 4º, determina que, verbis:

"Art. 4º- A partir de 01 de maio de 2020, os recipientes leves transportáveis de aço para gás liquefeito de petróleo devem ser fabricados e importados somente em conformidade com os Requisitos ora aprovados, e devidamente registrados no Inmetro.

Parágrafo único. A partir de 01 de novembro de 2020, os recipientes leves transportáveis de aço para gás liquefeito de petróleo devem ser comercializados, no mercado nacional, por fabricantes e importadores, somente em conformidade com Requisitos ora aprovados e devidamente registrados no Inmetro".

Do que se depreende dos autos, anoto que as exigências impostas pela autoridade coatora se mostram justificáveis, em razão dos riscos à segurança.

Assim, de rigor reconhecer que, nesse aspecto, não há que se falar em irregularidade no procedimento administrativo.

É bem de ver, que foi autorizado o despacho aduaneiro mediante assinatura de termo de compromisso, em que a impetrante se responsabiliza pela destruição dos cilindros desprovidos da certificação exigida pelo INMETRO.

In casu, a motivação que deu causa a interrupção do procedimento de importação, recai sobre elemento acessório do equipamento importado, sendo perfeitamente possível a dissociação dos cilindros sem certificação do maquinário importado.

Dessa forma, coma devida observância às regras de segurança, viável a internalização do maquinário importado, mediante separação e destruição dos cilindros sem certificação.

Sobre o tema colaciono jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PERDIMENTO DE MERCADORIA. APREENSÃO DO CONTÊINER (UNIDADE DE CARGA). ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 24, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.611/98. NÃO-OCORRÊNCIA. INEXISTE RELAÇÃO DE ACESSORIEDADE ENTRE O CONTÊINER E A MERCADORIA NELE TRANSPORTADA. EXEGESE DO ART. 92 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A questão controvertida consiste em saber se o contêiner utilizado no transporte de carga é acessório da mercadoria nele transportada e, por consequência, deve sofrer a pena de perdimento aplicada à mercadoria apreendida por abandono.

2. O Tribunal a quo entendeu que o contêiner não se confunde com a mercadoria nele transportada, razão pela qual considerou ilícita sua apreensão em face da decretação da pena de perdimento da carga. A recorrente, em vista disso, pretende seja reconhecido o contêiner como acessório da carga transportada, aplicando-se-lhe a regra de que o acessório segue o principal.

3. 'Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal' (CC/02, art. 92).

4. Definido, legalmente, como qualquer equipamento adequado à utilização de mercadorias a serem transportadas e não se constituindo embalagem da carga (Lei 9.611/98, art. 24 e parágrafo único), o contêiner tem existência concreta, destinado a uma função que lhe é própria (transporte), não dependendo, para atingir essa finalidade, de outro bem juridicamente qualificado como principal.

5. Assim, a interpretação do art. 24 da Lei 9.611/98, à luz do disposto no art. 92 do Código Civil, não ampara o entendimento da recorrente no sentido de que a unidade de carga é acessório da mercadoria transportada, ou seja, que sua existência depende desta. Inexiste, pois, relação de acessoriedade que legitime sua apreensão ou perdimento porque decretada a perda da carga.

6. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 526.767/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23.08.2005, DJ 19.09.2005 p. 186)

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO INMETRO. GLP. CARGA ACESSÓRIA EM RELAÇÃO À MERCADORIA TRANSPORTADA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. Consagrou o legislador constitucional, que "é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previsto em lei".

2. Do que se depreende dos autos, anoto que as exigências impostas pela autoridade coatora se mostram justificáveis, em razão dos riscos à segurança.

3. É bem de ver, que foi autorizado o despacho aduaneiro mediante assinatura de termo de compromisso, em que a impetrante se responsabiliza pela destruição dos cilindros desprovidos da certificação exigida pelo INMETRO.

4. *In casu*, a motivação que deu causa a interrupção do procedimento de importação, recai sobre elemento acessório do equipamento importado, sendo perfeitamente possível a dissociação dos cilindros sem certificação do maquinário importado.

5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0026643-62.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: MAIS DISTRIBUIDORA DE VEICULOS S/A

Advogados do(a) APELANTE: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A, SERGIO GONINI BENICIO - SP195470-A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0026643-62.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: MAIS DISTRIBUIDORA DE VEICULOS S/A

Advogados do(a) APELANTE: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A, SERGIO GONINI BENICIO - SP195470-A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por **Mais Distribuidora de Veículos S/A** em face da União Federal (Fazenda Nacional), objetivando provimento jurisdicional para autorizar a manutenção do crédito relativo a PIS e COFINS, apurados nos termos do art. 17 da Lei nº 11.033/2004 em decorrência da aquisição de peças, acessórios e veículos zero quilômetro, às alíquotas respectivas de 1,65% e 7,6%, compensando-os como tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

Alega a autora que é concessionária de veículos, pessoa jurídica de direito privado legalmente constituída, dedicando-se ao comércio de veículos novos e venda de peças e acessórios para autos, sujeita à tributação pelo lucro real.

Aduz que com o advento da Lei nº 11.033/04, restou assegurado o direito ao cômputo dos créditos de PIS e COFINS sobre o total das compras que realiza, motivo pelo qual a autora pleiteia que este seja reconhecido judicialmente, a fim de não lhe ser imposta qualquer medida coercitiva ou impeditiva pelos agentes da ré. Sustenta ter direito à manutenção do crédito, ainda que seja tributada com alíquota zero, nos termos do artigo 17 da referida lei.

Argumenta que a aplicação da Lei nº 10.485/02 no que tange à vedação do aproveitamento de crédito no caso de produtos específicos do setor automobilístico viola os princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

O pedido de antecipação da tutela foi parcialmente deferido para determinar a análise dos processos administrativos de restituição de crédito no prazo de 30 dias (fls. 430/431). Contra essa decisão, foi interposto agravo de instrumento (fls. 448/465), tendo sido negado provimento ao recurso (fls. 520/522).

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou improcedente a ação nos termos do art. 269, inciso I do CPC/73, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa (fls. 530/533 e 545 Id 90610134).

A autora apela, requerendo a reforma da r. sentença, alegando que o artigo 17 da Lei nº 11.033/2004, por se tratar de norma posterior que regula a mesma matéria, revogou expressamente o conteúdo do artigo 3º, inciso I, "b" da Lei nº 10.833/2003, que negava o aludido direito ao crédito. Aduz que mesmo nos casos de receita submetida à alíquota zero, não há empecilho para que estes contribuintes possam manter os créditos de todas as aquisições por eles efetuadas, especialmente dos próprios produtos, como lhes garante o art. 17 da Lei nº 11.033/04 (fls. 547/566).

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0026643-62.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: MAIS DISTRIBUIDORA DE VEICULOS S/A

Advogados do(a) APELANTE: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A, SERGIO GONINI BENICIO - SP195470-A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de ação pelo rito ordinário, objetivando seja autorizada a manutenção do crédito relativo a PIS e COFINS, apurado nos termos do art. 17 da Lei nº 11.033/2004 em decorrência de aquisição de peças, acessórios e veículos zero quilômetros, às alíquotas respectivas de 1,65% e 7,6%, nos termos da Lei nº 10.637/02 e nº 10.833/03 e sua utilização nos termos do art. 16 da Lei nº 11.116/2005, compensando-os como tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Inicialmente, destaco que o art. 195, §12, da Constituição Federal remeteu à lei o regramento do regime de não-cumulatividade às contribuições sociais, não sendo tal sistemática de instituição obrigatória, cabendo ao legislador ordinário definir em quais hipóteses a não-cumulatividade é conveniente e oportuna.

A Lei nº 10.833/03, nos artigos 30, 31 e 36, estabeleceu a retenção na fonte das contribuições, com respaldo no Código Tributário Nacional e na Constituição Federal, respectivamente nos artigos 121, parágrafo único, inciso II, e 128 e no art. 150, § 7º, considerando a relação jurídica existente entre o tomador e o prestador de serviços, autorizando àquele, responsável tributário, a pagar o tributo devido à União, sujeito ativo das contribuições.

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Art. 150

(...)

§ 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de impostos ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Com efeito, ao regular a possibilidade de escrituração de créditos do PIS da COFINS incidentes monofásicamente em etapa anterior da cadeia produtiva, os artigos 3º, I, "b", de ambas as Leis n. 10.637/02 e 10.833/03, indicaram a impossibilidade de tomada destes créditos. Vale dizer: se sobre a receita gerada na operação anterior, incidiram as contribuições para o fabricante no regime monofásico, não há que se falar em crédito gerado à empresa varejista que revende os bens à alíquota zero (na operação seguinte).

Filho-me ao entendimento firmado pela Segunda Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual inexistente direito a creditamento por aplicação do princípio da não cumulatividade, na hipótese de incidência monofásica do PIS e da COFINS, porquanto incorrente, nesse caso, o pressuposto lógico da cumulação.

Nesse sentido trago à baila julgados da Corte Superior:

TRIBUTÁRIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. REPORTO. REGIME ESPECIAL NÃO CUMULATIVO. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

I - Muito embora o Superior Tribunal de Justiça possua jurisprudência no sentido de que o aproveitamento de créditos relativos ao PIS e a COFINS, conforme disposição do art. 17 da Lei n. 11.033/2004, não é de exclusividade dos contribuintes beneficiários do Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária (REPORTO), verifica-se, a despeito de tal entendimento, que as receitas sujeitas ao pagamento de PIS e COFINS, em regime especial de tributação monofásica, não permitem o creditamento pelo revendedor das referidas contribuições incidentes sobre as receitas do vendedor por estarem fora do regime de incidência não cumulativo.

II - Agravo interno improvido"

(AgInt no AREsp 1.218.476/MA, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 28.5.2018).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CARACTERIZADA. PIS E COFINS. LEI 11.033/2004, ARTIGO 17. REGIME MONOFÁSICO. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não se configura a alegada ofensa ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

2. Impende registrar que o entendimento adotado no REsp 1.051.634/CE não consubstancia o posicionamento desta Segunda Turma do STJ. 3. O Tribunal a quo, ao analisar a controvérsia, consignou: "As receitas da impetrante decorrentes da venda de veículos estão sujeitas ao regime monofásico. Daí que inexistente crédito aproveitável, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (...) No mesmo sentido: RE 762.892 AgR, r. Min. Luiz Fux, 1ª Turma do STF em 24.03.2015(...). Além disso, "a incidência monofásica do PIS e da COFINS não se compatibiliza com a técnica do creditamento" (fl. 322-324, e-STJ).

4. O entendimento do acórdão recorrido encontra-se pacificado na jurisprudência da Segunda Turma do STJ, segundo o qual inexistente direito a creditamento, por aplicação do princípio da não cumulatividade, na hipótese de incidência monofásica do PIS e da Cofins, porquanto incorrente, nesse caso, o pressuposto lógico da cumulação.

5. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Especial.

(AREsp 1530466/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019)

No âmbito desta Corte Regional, prevalece o entendimento firmado pela 2ª Turma da Corte Superior, confirmam-se precedentes:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. PIS E COFINS. TRIBUTAÇÃO MONOFÁSICA. ART. 17 DA LEI 11.033/04. RESTRIÇÃO ART. 111 - CTN. APELAÇÃO IMPROVIDA.

-O sistema de incidência monofásica do PIS e da COFINS constitui-se da concentração da tributação nas etapas de produção e importação, desonerando as etapas subsequentes de comercialização.

-A incidência do PIS e da COFINS na atividade econômica da apelante, como indica a própria inicial, se dá de modo monofásico.

-Na hipótese, por tratar-se de tributo monofásico, inexistem incidências múltiplas ao longo do ciclo econômico, pressuposto fático necessário para a adoção da técnica do creditamento.

- No tocante à possibilidade de creditamento prevista no art. 17 da Lei nº 11.033/2004, há que se ressaltar que tal legislação é aplicável especificamente aos beneficiários do REPORTO (Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária), situação na qual, consoante se infere dos autos, a apelante não se enquadra. A previsão contida nesse dispositivo legal não possui o alcance pretendido pela impetrante, porquanto se trata de política de benefício fiscal, devendo ser interpretado restritivamente, consoante dispõe o artigo 111 do Código Tributário Nacional.

-No caso, adotada a orientação 2ª Turma do STJ.

-Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0020578-51.2007.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 17/07/2020, Intimação via sistema DATA: 23/07/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 11.033/2004. REPORTO. CREDITAMENTO DE PIS/COFINS. REGIME MONOFÁSICO OU SUJEITO À ALÍQUOTA ZERO. APROVEITAMENTO FORA DO PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL. INCOMPATIBILIDADE ENTRE CREDITAMENTO E MONOFASIA. VEDAÇÃO GERAL HÍGIDA. LEI 11.787/2008. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGAL EXPRESSA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Conquanto não se desconheça a divergência entre as Turmas da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria, a 2ª Seção desta Corte possui jurisprudência pacífica, e há muito consolidada em alinhamento ao entendimento da 2ª Turma da Corte Superior, no sentido de que não há autorização geral para escrituração de créditos de PIS/COFINS nos casos de monofasia na cadeia produtiva ou operações com incidência de alíquota zero quanto a tais contribuições, ante a ausência de cumulatividade (razão de ser do crédito) a ser neutralizada.

2. *Consoante jurisprudência adotada, "a vedação ao referido creditamento estava originalmente no art. 3º, I, da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003, em suas redações originais. Depois, com o advento da Lei n. 10.865/2004, a vedação migrou para o art. 3º, I, 'a' e 'b', da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003. Posteriormente, sobreveio a Lei n. 11.787/2008 que reforçou a vedação com a alteração do art. 3º, I, 'b', da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003. Tivesse havido derrogação da vedação pelo art. 17, da Lei n. 11.033/2004, esta não sobreviveria ao regramento realizado pela lei posterior que reafirmou a vedação (Lei n. 11.787/2008) e que não foi declarada inconstitucional" (AgInt no REsp 1.772.957, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe 14/05/2019).*

3. *O artigo 926 do Código de Processo Civil impõe aos tribunais a preservação de jurisprudência estável e coerente, de modo que, amparado o entendimento deste Tribunal em decantada e reafirmada posição da Corte Superior, não se verifica, dos elementos constantes dos autos, razão à respectiva modificação nesta sede.*

4. *Apelação desprovida.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001471-46.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 26/09/2020, Intimação via sistema DATA: 01/10/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PISE E COFINS. LEIS NºS 10.637/02 E 10.833/03. LEI Nº 11.033/04. REPORTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 111, DO CTN. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

A jurisprudência majoritária do e. STJ sobre o tema é de que "as receitas provenientes das atividades de venda e revenda sujeitas ao pagamento das contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS em Regime Especial de Tributação Monofásica não permitem o creditamento pelo revendedor das referidas contribuições incidentes sobre as receitas do vendedor por estarem fora do Regime de Incidência Não Cumulativo, a teor dos artigos 2º, § 1º e incisos; e 3º, I, 'b', da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003 e que, portanto, não se lhes aplicam, por incompatibilidade de regimes e por especialidade de suas normas, o disposto nos artigos 17, da Lei n. 11.033/2004, e 16, da Lei n. 11.116/2005, cujo âmbito de incidência se restringe ao Regime Não Cumulativo, salvo determinação legal expressa". No mesmo sentido é o entendimento da 4ª Turma: AC 00026923720104036002, relatora Des. Federal MÔNICA NOBRE, e-DJF3 25.10.2017 e AMS nº 00043280720074036111, relator Des. Federal MARCELO SARAIVA, e-DJF3 26.07.2017. Ausente a relevância na fundamentação, deve ser mantida a decisão agravada. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5001860-96.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 20/08/2018, Intimação via sistema DATA: 02/07/2019)

Desta feita, inaplicável o disposto no art. 17 da Lei nº 11.033/04 à apelante, porquanto sua incidência limita-se às operações comerciais de bens adquiridos sujeitos ao pagamento das contribuições, o que efetivamente não acontece com os revendedores de produtos tributados pelo sistema monofásico, que não têm legitimidade, portanto, para pleitear o referido creditamento.

Ao contrário do alegado pela recorrente, a Lei nº 10.485/2002 não foi revogada pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, quando do estabelecimento do regime monofásico de incidência das contribuições PIS e COFINS devidas para todo o setor automotivo, que tomou o recolhimento dessas contribuições concentrado.

Por fim, não há que se falar em ofensa ao princípio da não-cumulatividade, pois a formulação desse princípio foi posta a cargo da legislação infraconstitucional, que poderá moldá-la, determinando a vedação à cumulatividade em determinados casos, v.g., por meio da constituição de créditos, e, noutras hipóteses, afastar o referido creditamento.

Certo é que, se houvesse qualquer empecilho à limitação da não-cumulatividade pela Lei *stricto sensu*, não teria qualquer utilidade o estabelecido no artigo 3º das Leis 10.637/02 e 10.833/03, porquanto teria que ser estendida a todos os contribuintes do PIS/PASEP e da COFINS, que exercem qualquer atividade sujeita à exação tributária.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. REGIME MONOFÁSICO. SETOR AUTOMOTIVO. LEIS NºS 10.637/02 E 10.833/03. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 17 DA LEI 11.033/04. RESTRICÇÃO.

1. Ao regular a possibilidade de escrituração de créditos do PIS da COFINS incidentes monofásicamente em etapa anterior da cadeia produtiva, os artigos 3º, I, "b", de ambas as Leis n. 10.637/02 e 10.833/03, indicaram impossibilidade de tomada destes créditos. Vale dizer: se sobre a receita gerada na operação anterior, incidiram as contribuições para o fabricante no regime monofásico, não há que se falar em crédito gerado à empresa varejista que revende os bens à alíquota zero (na operação seguinte).

2. O entendimento firmado pela Segunda Turma do C. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que inexistente direito a creditamento por aplicação do princípio da não cumulatividade, na hipótese de incidência monofásica do PIS e da COFINS, porquanto incoerente, nesse caso, o pressuposto lógico da cumulação.

3. Inaplicável o disposto no art. 17 da Lei nº 11.033/04 à apelante, porquanto sua incidência limita-se às operações comerciais de bens adquiridos sujeitos ao pagamento das contribuições, o que efetivamente não acontece com os revendedores de produtos tributados pelo sistema monofásico, que não têm legitimidade, portanto, para pleitear o referido creditamento.

4. Ao contrário do alegado pela recorrente, a Lei nº 10.485/2002 não foi revogada pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, quando do estabelecimento do regime monofásico de incidência das contribuições PIS e COFINS devidas para todo o setor automotivo, que tomou o recolhimento dessas contribuições concentrado.

5. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003654-19.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: TECIPAR ENGENHARIA E MEIO AMBIENTE LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO AUGUSTO FERRANTE POCAS - SP184092-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Dispõe os itens 7.1.1 e 7.1.2 do Anexo II da Resolução PRES N° 138, de 06 de julho de 2017, que trata das regras gerais dos procedimentos para cálculo de custas e recolhimento de valores, *verbis*:

7.1.1 A segunda metade das custas, devidas por ocasião da apelação, será paga com base no valor da causa corrigido monetariamente, pelos índices da tabela de ações condenatórias em geral, do Manual de Orientações de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal do Conselho da Justiça Federal, observando-se eventual modificação do valor.

7.1.2 O valor da causa será atualizado pelo sistema de emissão de GRU de custas e despesas judiciais da Justiça Federal da 3ª Região, exceto no caso de Execução Fiscal.

Denota-se que as custas recursais são calculadas sobre o valor da causa devidamente atualizado pelos índices previstos no Manual de Orientações de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal do Conselho da Justiça Federal, cálculo que pode ser efetuado pelo sistema de emissão de GRU de custas e despesas judiciais da Justiça Federal da 3ª Região. No presente caso, considerando-se a data de ajuizamento da ação (30/07/2019), constata-se que o valor da causa, atualizado até a data da interposição do recurso (16/06/2020), perfaz a importância de R\$915.448,90 e as custas recursais devidas o valor máximo de R\$ 957,69.

Ante o exposto, defiro o prazo de 05 (cinco) dias para a apelante complementar o valor das custas, nos termos dos artigos 290, 292, § 3º e 1.007, todos do Código de Processo Civil, sob pena de não conhecimento do recurso.

Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) N° 5004441-48.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: IBRATEC ARTES GRAFICAS LIMITADA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO LOESER - SP120084-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) N° 5004441-48.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: IBRATEC ARTES GRAFICAS LIMITADA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO LOESER - SP120084-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto por **Ibratec Artes Gráficas Ltda** (id 137655926) contra a sentença que, em sede de mandado de segurança no qual se buscava a declaração da inexigibilidade do recolhimento dos valores de PIS e COFINS sobre suas próprias bases de cálculo, além do direito à compensação do montante recolhido a tal título nos últimos 5 anos, denegou a ordem. Sem honorários advocatícios (id 137655921).

Alega a apelante, em síntese, que, ao incluir na receita bruta os tributos sobre ela incidentes (Lei nº 12.973/2014), o legislador incorreu em inconstitucional alargamento da base de cálculo do PIS/COFINS (artigo 195, inciso I, da CF), já que tais tributos (o que inclui as próprias contribuições) não representam aumento do patrimônio da pessoa jurídica e sim uma contribuição devida à UF. A última palavra sobre matéria foi dada pelo STF por meio do julgamento do RE nº 574.706/PR, que deve ser aplicada ao caso.

Pede a reforma do julgado, com o reconhecimento do seu direito à compensação do montante recolhido a maior, ou sua restituição judicial, com a expedição de ofício precatório.

Com contrarrazões (id 137657432)

O MPF manifestou-se no sentido do prosseguimento do feito (id 137918064).

É o relatório.

A Excelentíssima Desembargadora Federal

MARLI FERREIRA:

Peço vênia ao e. Relator para divergir.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, *verbis*:

“EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.”

(RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010)

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas n.ºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

- 1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.*
- 2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.*
- 3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).*
- 4. Agravo regimental não provido.”*

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS.

- 1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.*
- 2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.*
- 3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”*

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: 'XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos'.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

(...)
3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)"
(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser mantida a r. sentença que denegou a ordem e manteve a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004441-48.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: IBRATEC ARTES GRAFICAS LIMITADA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO LOESER - SP120084-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo o apelo e passo ao julgamento.

Pretende-se no presente *mandamus* o reconhecimento do direito à exclusão do PIS e da COFINS de suas próprias bases de apuração, bem como à compensação/restituição dos valores recolhidos indevidamente. O Juízo *a quo* denegou a ordem.

Assiste razão ao apelante.

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência numerários que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativas a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excrecência cobrar tributo de quem recolhe tributo.

Entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, porque, ao contrário do que ocorre com as contribuições ao PIS e à COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: *"válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005"*.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **Setembro de 2019**. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à *pessoa jurídica*, a questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, *considerado o período quinquenal a ser compensado*, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem no presente remédio constitucional.

Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constitui pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996: [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, salientando-se que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º. DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos REsp's 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Por fim, destaco que a recorrente faz pedido nos seguintes termos: “o reconhecimento de seu direito à restituição dos montantes indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos a título de PIS/COFINS com a inclusão dos valores relativos às próprias contribuições em suas bases de cálculo, devidamente atualizados, bem como assegurar o seu direito de efetuar referida restituição, a seu critério, por meio de compensação administrativa, com outros créditos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos dos artigos 73 e 74 da Lei n.º 9.430/96, ou, ainda, por meio de restituição pela via judicial, com a expedição de ofício precatório, nos termos da lei, a ser decidido oportunamente pela Apelante.”

Assim, deve-se consignar que a opção à restituição é direito do contribuinte, mas somente é cabível na via administrativa, eis que o mandado de segurança não é a via adequada para obter efeitos patrimoniais pretéritos à impetração, conforme entendimento do STF pacificado por meio das Súmulas n.º 269 (o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança) e n.º 271 (Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria). Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp 1176713/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 01/07/2020. Note-se que a legislação de regência do mandado de segurança não prevê fase de liquidação. Destarte, a restituição via precatório é inviável nesta sede.

Ante o exposto, **dou parcial provimento à apelação**, para reformar a sentença e conceder, em parte, a ordem, para reconhecer o direito de a impetrante proceder à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como à compensação ou restituição dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas.

Sem honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei n.º 12.016/09. Custas *ex lege*.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No que atine à questão acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

2. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

3. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.

4. Em igual andar esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

5. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava parcial provimento à apelação, para reformar a sentença e conceder, em parte, a ordem, para reconhecer o direito de a impetrante proceder à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como à compensação ou restituição dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas, sem honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei n.º 12.016/09, custas *ex lege*. Lavrará acórdão a Des. Fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003088-63.2019.4.03.6114

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: SADA PARTICIPACOES S/A, SADA TRANSPORTES E ARMAZENAGENS S/A, TRANSZERO TRANSPORTADORA DE VEICULOS LTDA, AUTOSERVICE LOGISTICALTDA, BRAZUL TRANSPORTE DE VEICULOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO ARRIEIRO ELIAS - MG96410-A
Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO ARRIEIRO ELIAS - MG96410-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id.138628352) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que denegou a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000445-55.2016.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: LIX INCORPORACOES E CONSTRUCOES LTDA, CONSTRUTORA LIX DA CUNHA S/A., LIX EMPREENDIMENTOS E CONSTRUCOES LTDA, LIX CONSTRUCOES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A, GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, GLAÚCIA MARIA LAULETTA FRASCINO - SP113570-A
Advogados do(a) APELANTE: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A, GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, GLAÚCIA MARIA LAULETTA FRASCINO - SP113570-A
Advogados do(a) APELANTE: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A, GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, GLAÚCIA MARIA LAULETTA FRASCINO - SP113570-A
Advogados do(a) APELANTE: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A, GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, GLAÚCIA MARIA LAULETTA FRASCINO - SP113570-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

À vista decisão proferida no pedido de efeito suspensivo à Apelação nº 5024332-23.2020.4.03.0000, recebo o recurso (Id 146592200) apenas no efeito devolutivo.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002743-18.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: J. BUENO E MANDALITI SOCIEDADE DE ADVOGADOS, MANDALITI ADVOGADOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A
Advogado do(a) APELANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, J. BUENO E MANDALITI SOCIEDADE DE ADVOGADOS, MANDALITI ADVOGADOS

Advogado do(a) APELADO: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A
Advogado do(a) APELADO: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002743-18.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: J. BUENO E MANDALITI SOCIEDADE DE ADVOGADOS, MANDALITI ADVOGADOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A
Advogado do(a) APELANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, J. BUENO E MANDALITI SOCIEDADE DE ADVOGADOS, MANDALITI ADVOGADOS

Advogado do(a) APELADO: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A
Advogado do(a) APELADO: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial e Apelações interpostas pela União (id 134778004) e por J. BUENO E MANDALITI SOCIEDADE DE ADVOGADOS e filiais (id 134778032) contra sentença que foi proferida nos seguintes termos (ID 134777998):

concedo a segurança, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para declarar:

(i) A ilicitude da inclusão das contribuições do PIS e da COFINS nas suas próprias bases de cálculo e

(ii) o direito de efetuar a compensação das contribuições recolhidas nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação, ou seja, a contar de 31 de outubro de 2014, na forma do art. 74 da Lei n.º 9.430/96, observado o quanto prescrito pelo artigo 170-A, do CTN, condicionada a exequibilidade da compensação ou repetição ao quanto decidido na modulação dos efeitos da decisão proferida, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do **Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida, n.º 1233096**.

Sobre montante incidirão exclusivamente juros moratórios equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada (Súmulas 43 e 54 do STJ).

Sem honorários, nos termos do art. 25, da Lei n.º 12.016/2009.

Custas como de lei.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos em parte, para suprir a omissão e obscuridade da sentença, a fim de acrescentar ao dispositivo da sentença a possibilidade de pagamento, via precatório, do indébito pago no curso da demanda, desde a impetração até a efetiva implantação da decisão liminar proferida nesta ação (id 134778011). Opostos novos embargos de declaração, foram rejeitados (id 134778027).

A União aduz, em suma, que é constitucional a inclusão do PIS e da COFINS nas próprias bases de cálculo e que o julgado proferido no RE 574.706 com repercussão geral não incide na espécie.

Sustenta a empresa, em síntese, que reconhecido o indébito tributário, com o provimento da segurança pleiteada, nele deve ser considerado todos os recolhimentos indevidos realizados desde os últimos 5 (cinco) anos da data da propositura da ação até mesmo aqueles recolhidos durante o seu curso.

Contramizações apresentadas (Id 134778008 e 134778038).

Manifestação do Ministério Público Federal no sentido de que é desnecessário seu pronunciamento na espécie (Id 135447360).

Memorial das apelantes (ID 146156294).

É o relatório.

A Excelentíssima Desembargadora Federal

MARLI FERREIRA:

Peço vênia ao e. Relator para divergir.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, verbis:

“EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.”

(RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010)

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas n.ºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.
2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.
3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).
4. Agravo regimental não provido.”

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS.

1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.
2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.
3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, verbis:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: 'XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos'.
2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

(...)

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)”

(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser reformada a r. sentença, julgando-se improcedente o pedido e denegando-se a ordem no sentido de manter a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002743-18.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: J. BUENO E MANDALITI SOCIEDADE DE ADVOGADOS, MANDALITI ADVOGADOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

Advogado do(a) APELANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, J. BUENO E MANDALITI SOCIEDADE DE ADVOGADOS, MANDALITI ADVOGADOS

Advogado do(a) APELADO: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

Advogado do(a) APELADO: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência de numerários que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativas a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excessência cobrar tributo de quem recolhe tributo.

- Do entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, uma vez que, ao contrário do que acontece com as contribuições ao PIS e a COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integrar, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

- Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 31.10.2019. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

-Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à **peessoa jurídica**, a **questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça** (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP** e do **Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), **que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida**. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, **considerado o período quinquenal a ser compensado**, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem presente remédio constitucional.

-Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial nº 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO. TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entremetas, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos p (a parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o eSocial (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliente que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º. DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Por fim, em relação ao apelo do contribuinte, deve-se consignar que a opção à restituição é direito seu, mas somente é cabível na via administrativa, eis que o mandado de segurança não é a via adequada para obter efeitos patrimoniais pretéritos à impetração, conforme entendimento do STF pacificados por meio das Súmulas 269 ("o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança") e 271 ("Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria"). Nesse sentido: EDeI no AgRg no REsp 1176713/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 01/07/2020. Note-se que a legislação de regência do mandado de segurança não prevê fase de liquidação.

Destarte, a restituição via precatório é inválida nesta sede, razão pela qual a sentença deve ser reformada nesse ponto, a fim de se excluir essa possibilidade, inclusive no que tange ao pagamento indevido realizado no curso da impetração.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação da União, dou parcial provimento à remessa oficial**, para reformar a sentença em parte, a fim de consignar que a compensação e a restituição deverão observar as limitações explicitadas, e **nego provimento à apelação do contribuinte**.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No que atine à questão acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.
2. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.
3. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 Agr/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 Agr/SP Relator Ministra CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.
4. Em igual andar esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.
5. Apelação, interposta pela União Federal, e remessa oficial a que se dá provimento para julgar improcedente o pedido, denegando-se a segurança.
6. Apelação da impetrante a que se julga prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu dar provimento à apelação interposta pela União Federal e à remessa oficial, restando prejudicada a apelação da impetrante, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que negava provimento à apelação da União, dava parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença em parte, a fim de consignar que a compensação e a restituição deverão observar as limitações explicitadas, e negar provimento à apelação do contribuinte. Lavrará acórdão a Des. fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5032905-50.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: IBSOLUTION TECNOLOGIA E INFORMACAO LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTA DE FIGUEIREDO FURTADO BREDA - SC28957-S, PATRICIA VARGAS FABRIS - SP321729-A, FERNANDO FARAH NETO - SP274445-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

À vista da certidão Id 149099532, intime-se o agravante para que traga aos autos o comprovante de recolhimento das custas, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 138, de 06 de julho de 2017, da Presidência desta corte, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

Publique-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000799-67.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE:4K REPRESENTACAO, INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS E CORRETAGEM DE SEGUROS LTDA

Advogados do(a) APELANTE:ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000799-67.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE:4K REPRESENTACAO, INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS E CORRETAGEM DE SEGUROS LTDA

Advogados do(a) APELANTE:ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL - BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por 4K REPRESENTAÇÃO, INTERMEDIACÃO DE NEGÓCIOS E CORRETAGEM DE SEGUROS LTDA. (id 122838682) contra sentença que, em sede de mandado de segurança impetrado com objetivo de obter a ordem para exclusão do PIS/COFINS das próprias bases de cálculo, denegou a ordem (ID 122838578).

Sustenta a empresa, em síntese, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da cobrança do PIS e da COFINS sobre o ICMS também se aplica às próprias contribuições, uma vez que se entende que não pode ser considerado como faturamento para fins de compor as suas respectivas bases de cálculo.

Contrarrazões apresentadas (Id 122838687).

Manifestação do Ministério Público Federal no sentido de que seja dado regular prosseguimento ao feito (Id 126656596).

É o relatório.

A Excelentíssima Desembargadora Federal

MARLI FERREIRA:

Peço vênia ao e. Relator para divergir.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, *verbis*:

“EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.”

"Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravamento. Ausência de prequestionamento. Súmulas nºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.
2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.
3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).
4. Agravo regimental não provido."

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS.

1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.
2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.
3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: 'XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos'.
2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

(...)

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)"

(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser mantida a r. sentença que denegou a ordem e manteve a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000799-67.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: 4K REPRESENTACAO, INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS E CORRETAGEM DE SEGUROS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL - BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerá essa incidência de numerários que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativos a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excessência cobrar tributo de quem recolhe tributo.

- Do entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, uma vez que, ao contrário do que acontece com as contribuições ao PIS e a COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

- Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 27.02.2019. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

- Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à **pessoa jurídica**, a questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, considerado o período quinquenal a ser compensado, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem no presente remédio constitucional.

- Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO. TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
 2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
 3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
 4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
 5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
 6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
 7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
 8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
 9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).
 10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
 11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
 12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
 13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: " Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).
 15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).
- (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)
16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos p (a parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
 17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o eSocial (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

- Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **dou provimento à apelação** para reformar a sentença e conceder a segurança para reconhecer o direito de a impetrante proceder à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como de proceder à compensação dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas.

É como voto.

E M E N T A

CONSTITUCIONALE TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No que atine à questão acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

2. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a "base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente", daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo "por dentro".

3. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.

4. Em igual andar esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

5. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO Data de Divulgação: 23/12/2020 417/837

os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava provimento à apelação para reformar a sentença e conceder a segurança para reconhecer o direito de a impetrante proceder à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como de proceder à compensação dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas. Lavrará acórdão a Des. Fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000786-42.2015.4.03.6000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: EDMUNDO CARLOS BRANCO RIBAS

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE DANIEL DOS SANTOS - MS16638-A

APELADO: AGENCIA NACIONAL DE AVIACAO CIVIL - ANAC

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id.146844927 fls. 03/11) apenas no efeito devolutivo, consoante o artigo 1.012, §1º, inciso III, do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001603-28.2019.4.03.6114

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: PRINCESA BIJU BIJUTERIAS & PRESENTES LTDA - ME

Advogados do(a) APELANTE: ALEX AFONSO LOPES RIBEIRO - SP150464-A, CARLOS ALBERTO PEREIRA - SP342813-A

APELADO: INSTITUTO DE PESOS E MEDIDAS DO ESTADO DE SAO PAULO, INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id.146586967) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006057-09.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: PROVIDER INDUSTRIA E COMERCIO S/A

Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006057-09.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: PROVIDER INDUSTRIA E COMERCIO S/A

Advogados do(a) APELANTE: JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A, AMANDA NADAL GAZZANIGA - SP351478-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JUNDIAI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por PROVIDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A (Id 131056163) contra sentença que, em sede de mandado de segurança impetrado com objetivo de obter a ordem para exclusão do PIS/COFINS das próprias bases de cálculo, denegou a ordem (Id 131056153).

Sustenta a empresa, em síntese, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da cobrança do PIS e da COFINS sobre o ICMS também se aplica às próprias contribuições, uma vez que se entende que não pode ser considerado como faturamento para fins de compor as suas respectivas bases de cálculo.

Contrarrazões apresentadas (Id 131056169).

Manifestação do Ministério Público Federal no sentido de que seja dado regular prosseguimento ao feito (Id 131474170).

É o relatório.

A Excelentíssima Desembargadora Federal

MARLI FERREIRA:

Peço vênia ao e. Relator para divergir:

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, *verbis*:

“EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.”

(RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010)

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas nºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.”

1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.
2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.
3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).
4. Agravo regimental não provido.”

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS.

1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.
2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.
3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: ‘XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos’.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 /SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

(...)

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)”

(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser mantida a r. sentença que denegou a ordem e manteve a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL(198) N° 5006057-09.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: PROVIDER INDUSTRIA E COMERCIO S/A

Advogados do(a) APELANTE: JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A, AMANDA NADAL GAZZANIGA - SP351478-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JUNDIAI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência de numerários que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativos a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excessência cobrar tributo de quem recolhe tributo.

- Do entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, uma vez que, ao contrário do que acontece com as contribuições ao PIS e a COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integrar, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

- Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 19.12.2019. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

- Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à **pessoa jurídica**, a **questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça** (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP** e do **Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), **que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida**. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, **considerado o período quinquenal a ser compensado**, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem presente remédio constitucional.

- Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), surge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
 2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
 3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
 4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
 5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
 6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
 7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolútoría de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
 8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
 9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 48892/MG).
 10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
 11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
 12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
 13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).
 15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).
- (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)
16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos p (a parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
 17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o eSocial (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo: [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

-Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os índices e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial nº 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º; DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **dou provimento à apelação** para reformar a sentença e conceder a segurança para reconhecer o direito de a impetrante proceder à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como de proceder à compensação ou restituição na via administrativa dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONALE TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No que atine à questão acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.
2. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a "base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente", daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo "por dentro".
3. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.
4. Emigral andar esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 15/01/2020.
5. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava provimento à apelação para reformar a sentença e conceder a segurança para reconhecer o direito de a impetrante proceder à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como de proceder à compensação ou restituição na via administrativa dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas. Lavrará acórdão a Des. Fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006416-68.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAYEKAWA DO BRASIL EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA

Advogados do(a) APELADO: FELIPE NAIM ELASSY - SP425721-A, ANDRE FELIPPE PEREIRA MARQUES - SP305113-A, GABRIELA FAVARO - SP399637-E, ANDERSON RIVAS DE ALMEIDA - SP196185-A, EDUARDO FERRAZ GUERRA - SP156379-A, JULIO HENRIQUE BATISTA - SP278356-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Recebo a apelação (Id.145918352) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que concedeu a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007291-95.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: RISCHIO TO INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007291-95.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: RISCHIO TO INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por RISCHIOTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA., (id 126733101) contra sentença que, em sede de mandado de segurança impetrado com objetivo de obter a ordem para exclusão do PIS/COFINS das próprias bases de cálculo, denegou a ordem (ID 126733096).

Sustenta a empresa, em síntese, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da cobrança do PIS e da COFINS sobre o ICMS também se aplica às próprias contribuições, uma vez que se entende que não pode ser considerado como faturamento para fins de compor as suas respectivas bases de cálculo.

Contrarrazões apresentadas (Id 126733108).

Manifestação do Ministério Público Federal no sentido de que seja dado regular prosseguimento ao feito (Id 128502682).

É o relatório.

A Excelentíssima Desembargadora Federal

MARLI FERREIRA:

Peço vênia ao e. Relator para divergir.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, *verbis*:

“EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.”

(RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010)

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas n.ºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

- 1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.*
- 2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.*
- 3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).*
- 4. Agravo regimental não provido.”*

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS.

- 1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.*
- 2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.*
- 3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”*

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: 'XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos'.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23.8.2010.

(...)

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)"

(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser mantida a r. sentença que denegou a ordem e manteve a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007291-95.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: RISCHIO TO INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência de numerários que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativas a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excessão cobrar tributo de quem recolhe tributo.

- Do entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, uma vez que, ao contrário do que acontece com as contribuições ao PIS e a COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

- Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 12.06.2019. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

- Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à **pessoa jurídica**, a **questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça** (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP** e do **Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), **que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida**. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, **considerado o período quinquenal a ser compensado**, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem no presente remédio constitucional.

- Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial nº 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos p (a parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o eSocial (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais nº 1.164.452/MG e nº 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial nº 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, verbis:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **dou provimento à apelação** para reformar a sentença e conceder a segurança para reconhecer o direito de a impetrante proceder à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como de proceder à compensação dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONALE TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No que atine à questão acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.
2. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.
3. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.
4. Em igual andar esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 15/01/2020.
5. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava provimento à apelação para reformar a sentença e conceder a segurança para reconhecer o direito de a impetrante proceder à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como de proceder à compensação dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas. Lavrará acórdão a Des. Fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008046-79.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSEFA MARIA DE ARAUJO

Advogado do(a) APELADO: RODRIGO DA SILVA CARDOSO - SP377487-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008046-79.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSEFA MARIA DE ARAUJO

Advogado do(a) SUCESSOR: RODRIGO DA SILVA CARDOSO - SP377487-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por JOSEFA MARIA DE ARAUJO em face do SR. CHEFE DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL SÃO PAULO/SP - LESTE do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, para determinar o processamento do pedido administrativo de benefício previdenciário de aposentadoria por idade sob o protocolo nº 1859732504, com pronunciamento a respeito no prazo de 30 dias.

O MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para determinar que o INSS concluisse o processo de concessão/revisão do benefício requerido, no prazo máximo de 30 dias a contar da notificação.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Inconformado, recorre o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, requerendo a reforma do julgado.

Preliminarmente, pede que a demanda seja extinta sem resolução do mérito, no que tange ao INSS, visto que a conclusão do pedido administrativo não está mais sob a ingerência da entidade, e tampouco da autoridade impetrada.

Alega, em síntese, impossibilidade de fixação de prazo para apreciação do requerimento administrativo de benefício previdenciário por ausência de fundamento legal.

Ainda, afirma que a imposição pelo Poder Judiciário de realização pelo INSS de análise de requerimento administrativo atenta contra a separação dos poderes.

Por fim, entende que a imposição pelo Poder Judiciário de ultrapassagem na fila temporal de análise dos pleitos de benefícios viola o disposto nos artigos 5º, caput, e 37, caput, ambos da Constituição Federal de 1988, os quais garantem o tratamento isonômico e impessoal a todos os brasileiros.

Subsidiariamente, requer a aplicação do parâmetro temporal - 90 dias - adotado pelo E. STF, quando do julgamento do RE 631.240/MG.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

O Ministério Público Federal em ID 117812234 manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008046-79.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSEFA MARIA DE ARAUJO

Advogado do(a) SUCESSOR: RODRIGO DA SILVA CARDOSO - SP377487-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

O presente *mandamus* foi impetrado com o objetivo de compelir a autoridade impetrada a analisar pedido de aposentadoria por idade, protocolado em 06/11/2018 e não apreciado até a data da presente impetração, em 26/06/2019.

Aquilatando a matéria, o Juízo *a quo* houve por bem conceder a segurança pleiteada.

Pois bem.

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que:

“(…)

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. (…)

Desta feita, nos termos da legislação de regência, a Administração possuía o prazo de 30 (trinta) dias para apreciar o requerimento administrativo apresentado pela parte impetrante, desde que devidamente instruído, sendo certo, porém, que tal prazo não restou observado, conforme alhures mencionado.

Nesse contexto, diante dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência vazados na Constituição Federal, que impõem à Administração Pública pautar-se dentro dos limites desses mesmos princípios, e em face à legislação de regência, de rigor a manutenção do provimento vergastado.

Confira-se, a propósito, os seguintes julgados a respeito do tema:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ANISTIA POLÍTICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DA JUSTIÇA. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NÃO OBSERVADA. ORDEMPARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato alegadamente omissivo do Ministro de Estado da Justiça para compeli-lo a examinar o processo administrativo 2003.01.22463, que desde 14.3.2003 estaria sem resposta definitiva. As informações prestadas apresentam contradição ao afirmar que o exame do pedido administrativo depende da Comissão de Anistia e que o processo está com a autoridade impetrada desde 2017 (fl. 567). A tese de ilegitimidade passiva, com base na dependência de exame da Comissão de Anistia, é, pois, indeferida.

2. De acordo com a inicial, o pedido está em análise desde 14.3.2003, sendo irrelevante averiguar culpa de órgãos específicos no trâmite, já que a razoável duração do processo, garantia individual desrespeitada na hipótese, impõe à Administração, como um todo, resposta à tutela pleiteada em tempo adequado.

3. “O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, ‘a’, da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta. (...) A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1.º, caput, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009” (MS 19.132/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 27.3.2017).

4. A autoridade impetrada deve, no prazo do art. 49 da Lei 9.784/1999, decidir o requerimento administrativo de concessão de anistia formulado pela impetrante e numerado como 2003.01.22463. 5. Mandado de Segurança parcialmente concedido. ”

(MS 24.141-DF, Relator Ministro HERMAN BEJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 14/11/2018, DJe 26/02/2019)

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ANISTIA POLÍTICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DA JUSTIÇA. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA PARA QUE A AUTORIDADE COATORA DECIDA O PEDIDO DE ANISTIA DA IMPETRANTE NO PRAZO DO ART. 49 DA LEI Nº 9.784/99.

1. Cuida-se, no caso concreto, de pedido administrativo para declaração da condição de anistiado, formulado pela parte impetrante em novembro de 1997, ou seja, há duas décadas, mas ainda pendente de decisão final pela Administração Pública.

2. Não procede a preliminar de ilegitimidade passiva do Ministro da Justiça (autoridade coatora), sob o evasivo argumento de que a omissão denunciada seria atribuível ao Plenário da Comissão de Anistia. Como recai dos autos, o procedimento já se achava na regular órbita de competência do Ministro da Justiça para proferir seu julgamento final quando, sponte propria, deliberou pela necessidade da prévia manifestação do Plenário da Comissão da Anistia. Daí que a tão só remessa do procedimento para o Plenário não o desvinculou da fase decisória, pela qual continua diretamente responsável, inclusive no que tange à alegada demora para se ultimar o respectivo iter administrativo.

3. O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta.

4. Nos termos da certa lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, "o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação [...] A Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando omite" (Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 382-3).

5. A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do Documento: 70288144 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 27/03/2017 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1.º, caput, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009.

6. Ordem concedida para determinar à autoridade impetrada que, no prazo do art. 49 da Lei n. 9.784/1999, decida, em caráter final e como entender de direito, o requerimento administrativo de concessão de anistia formulado pela impetrante, no âmbito do Processo Administrativo n. 2001.01.11994. "

(MS 19.132/DF, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 22/03/2017, DJe 27/03/2017)

Destarte, uma vez evidenciado o decurso do prazo legalmente previsto para que a Administração pudesse apreciar o requerimento administrativo da parte impetrante, de rigor a concessão da segurança pleiteada.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APRESENTAÇÃO DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. MORA DA ADMINISTRAÇÃO NA APRECIÇÃO. ILEGALIDADE. ARTIGOS 48 E 49 DA LEI Nº 9.784/99. OBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, MORALIDADE E EFICIÊNCIA. OFENSA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

1. Mandamus impetrado com o objetivo de compelir a autoridade impetrada a analisar pedido de aposentadoria por idade, protocolado em 06/11/2018 e não apreciado até a data da presente impetração, em 26/06/2019.

2. A Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que: "Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Art.49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

3. Desta feita, nos termos da legislação de regência, a Administração possuía o prazo de 30 (trinta) dias para apreciar o requerimento administrativo apresentado pela parte impetrante, desde que devidamente instruído, sendo certo, porém, que tal prazo não restou observado, conforme alhures mencionado.

4. Neste contexto, diante dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência vazados na Constituição Federal, que impõem à Administração Pública pautar-se dentro dos limites desses mesmos princípios, e face à legislação de regência, de rigor a concessão da segurança pleiteada. Precedentes do C. STJ.

5. Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE e MARCELO SARAIVA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027272-62.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OFFICEBRAS COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA

Advogados do(a) APELADO: MAURICIO MARQUES DA SILVA - SP351624-A, JOSE CRISTIANO DA SILVA - SP341032-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Recebo a apelação (Id.146644618) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008727-98.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: MARA EDITH LOURENCO & CIA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RAQUEL HELEN MARIANO MACHADO - SP425547-A, LUCAS HENRIQUE MOISES - SP269647-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008727-98.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: MARA EDITH LOURENCO & CIA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RAQUEL HELEN MARIANO MACHADO - SP425547-A, LUCAS HENRIQUE MOISES - SP269647-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto por **Maria Edith Lourenço e Cia Ltda** (id 135434942) contra a sentença que, em sede de mandado de segurança no qual se buscava a declaração da inexigibilidade do recolhimento dos valores de PIS e COFINS sobre suas próprias bases de cálculo, além do direito à compensação do montante recolhido a tal título nos últimos 5 anos, julgou improcedente o pedido e denegou a ordem. Sem honorários advocatícios (id 135434933).

Alega a apelante, em síntese, que:

a) inobstante à Lei nº 12.973/2014 prescrever que na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes, o STF firmou entendimento, nos autos do RE nº 574.706, sob a sistemática de repercussão geral que, conforme o art. 195, inciso I, alínea “b”, da CF, o ICMS não integra o conceito de contribuição para o PIS/COFINS, já que não representa aumento de patrimônio do contribuinte;

b) de forma análoga, as próprias contribuições ao PIS e à COFINS também não devem compor a sua própria base de cálculo e deve aplicar-se o mesmo raciocínio. As contribuições discutidas são ingressos que têm por destino o pagamento de terceiros (fazenda) e não se incorporam ao patrimônio da pessoa jurídica;

c) o CTN, em seu art. 110, estabelece a impossibilidade de a lei tributária alterar conceitos de Direito Privado, de modo a ampliar a hipótese de incidência prevista na Constituição Federal. A apuração das contribuições na forma pretendida pela apelada fere o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF).

Pede a reforma do julgado, ou a suspensão do feito até o julgamento definitivo do RE 1233096/RS.

Com contrarrazões (id 135434949).

O MPF manifestou-se no sentido do prosseguimento do feito (id 136118679).

A decisão de id 136407256 recebeu o recurso apenas no efeito devolutivo.

É o relatório.

A Excelentíssima Desembargadora Federal

MARLI FERREIRA:

Peço vênia ao e. Relator para divergir.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, *verbis*:

“EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.”

(RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010)

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas n’s 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

- 1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.*
- 2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.*
- 3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).*
- 4. Agravo regimental não provido.”*

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS.

- 1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.*
- 2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.*
- 3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”*

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: 'XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos'.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 /SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

(...)

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)”

(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser mantida a r. sentença que denegou a ordem e manteve a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008727-98.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: MARA EDITH LOURENCO & CIA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RAQUEL HELEN MARIANO MACHADO - SP425547-A, LUCAS HENRIQUE MOISES - SP269647-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Pretende-se no presente *mandamus* o reconhecimento do direito à exclusão do PIS e da COFINS de suas próprias bases de apuração, bem como à compensação dos valores recolhidos indevidamente. O Juízo *a quo* denegou a ordem.

Assiste razão ao apelante.

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência numerários que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativas a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base imponível deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excrecência cobrar tributo de quem recolhe tributo.

- Do entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, porque, ao contrário do que ocorre com as contribuições ao PIS e à COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integrar, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **Novembro de 2019**. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à peessoa jurídica, a questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, considerado o período quinquenal a ser compensado, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem no presente remédio constitucional.

Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial nº 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior; a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por consequência, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996: [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º. DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **dou provimento ao apelo interposto**, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido e, assim, determinar a exclusão do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como reconhecer o direito à compensação do montante recolhido a maior, nos termos explicitados.

Sem honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei n.º 12.016/09. Custas *ex lege*.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No que atine à questão acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.
2. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.
3. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.
4. Em igual andar esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.
5. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava provimento ao apelo interposto, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido e, assim, determinar a exclusão do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como reconhecer o direito à compensação do montante recolhido a maior, nos termos explicitados, sem honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei nº 12.016/09, custas ex lege. Lavrará acórdão a Des. fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5011146-63.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ART'S ESSENCIAS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: RODRIGO BOTEQUIO DE MORAES - SP257133-A, FELIPE CABRAL E SILVA - SP246269-A

DECISÃO

Trata-se de remessa necessária e de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL, em face da r. sentença que concedeu a segurança, para reconhecer o direito da impetrante de não incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como reconheceu o direito de, após o trânsito em julgado, compensar os valores indevidamente recolhidos a tal título, observada a prescrição quinquenal.

Em suas razões, a União Federal requer, em preliminar, a concessão de efeito suspensivo ao recurso e sucessivamente a suspensão do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE nº 574.706/PR, ante a possibilidade de modulação dos efeitos do julgado. No mérito, pleiteia a reforma da r. sentença, ante a legalidade e a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

DECIDO.

Anote-se, de início, que descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE nº 574.706/. Cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE 1004609; RE nº 939.742/RS; RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP e RE 1017483/SC.

Pois bem

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS:

Restou então consignado o Tema 069 nos seguintes termos: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS*".

Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado.

Por outro lado, na medida em que a tese fixada pelo STF teve como base o disposto no artigo 195, I, b da CF, aplica-se o julgado também na vigência da Lei nº 12.973/14.

Com relação à comprovação do indébito, consoante entendimento firmado pelo STJ no AgRg no RMS 39.625/MG e AgRg no AREsp 481.981/PE, tratando-se de pedido de compensação do indébito, basta a comprovação da condição de contribuinte.

No caso concreto, a impetrante comprovou a condição de contribuinte (Id. 145178270; 145178276/145178391).

Anote-se que, por ter sido comprovada a condição de contribuinte, outros documentos poderão apresentados, por ocasião da efetiva compensação, cabendo ao Fisco, no momento oportuno, proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a forma de apuração, a dedução de eventuais estornos, a exatidão dos valores, os documentos comprobatórios e o *quantum* a ser repetido.

Configurado o indébito fiscal, passo à análise dos critérios relativos à compensação.

Assinale-se que a nossa jurisprudência já se consolidou pela possibilidade de utilização do mandado de segurança para declaração do direito de compensação, conforme o enunciado 213 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Anote-se que o art. 74 da Lei 9.430/1996 - alterado pela Lei 10.637/2002 - autorizou o sujeito passivo a apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrada pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, e utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

Entretanto, devem ser observados os requisitos do artigo 26-A, da Lei 11.457/2007 (alterada pela Lei 13.670/2018) no que se refere à compensação de débitos relativos às contribuições sociais previdenciárias previstas nos artigos 2º e 3º da mesma lei.

Desnecessário, todavia, o prévio requerimento administrativo.

A compensação, por seu turno, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão proferido neste processo, em face do disposto no art. 170-A do CTN, instituído pela LC 104/2001.

Ressalto que não foi atribuída à decisão efeitos não retroativos ou prospectivos, sendo certo que, tendo o STF concluído que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, a decisão, por sua natureza, possui efeitos retroativos, devendo-se considerar como indevidos todos os pagamentos efetuados a maior com a referida inclusão, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento, admitindo-se como restrição tão-somente a prescrição quinquenal.

A correção do indébito deve ser aquela estabelecida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932, V, "b", do CPC, dou parcial provimento à remessa necessária, para que seja observado o disposto no artigo 26-A, da Lei 11.457/2007, bem como para que os valores indevidamente pagos sejam corrigidos pela SELIC, e, com fulcro no artigo 932, IV, "b", do CPC, nego provimento à apelação da União Federal, consoante fundamentação.

Prejudicado o pedido de efeito suspensivo.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

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

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0013095-28.2011.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIA S.A.

Advogado do(a) APELADO: CLELIA DE CASSIA SINISCALCHI BARBIRATO - SP103494-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0013095-28.2011.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIA S.A.

Advogado do(a) APELADO: CLELIA DE CASSIA SINISCALCHI BARBIRATO - SP103494

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Embargos de declaração opostos pelo DNIT (Id 131476538) contra acórdão que, à unanimidade, não conheceu da remessa oficial, rejeitou a preliminar e negou provimento à apelação (Id 107831526).

Aduz, em suma, que o acórdão é omissivo quanto aos seguintes temas:

- a) demonstração de culpa ou dolo da administração, à vista que se trata de caso de responsabilidade subjetiva;
- b) competências constitucionais e legais do DNIT e da Polícia Rodoviária Federal, eis que lhe foi conferida apenas atribuição para a execução de serviços de engenharia rodoviária, estudos, projetos e normas técnicas de construção do Sistema Federal de Viação (artigo 144, II, cc. parágrafo 2º da CF, artigo 80 e 82, IV, da Lei nº 10.233/2001 e artigo 20, incisos II, III e VI, do Código de Trânsito Brasileiro);
- c) responsabilidade civil do dono do animal;
- d) ausência de responsabilidade solidária entre o DNIT, a Polícia Rodoviária Federal e o dono do animal;
- e) existência de imprudência ou imperícia do autor, condutor do veículo, uma vez que se dirigisse com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito, não seria surpreendido com um animal atravessando a pista. No mínimo, o motorista estava dirigindo com desatenção e/ou velocidade excessiva. Se o trecho é rural, isso exige direção mais prudente e defensiva por parte do motorista (artigos 20, incisos II, III e VI, 28, 43, 53, inciso II, 148, § 1º, 150, parágrafo único, 220, incisos V e XI, e 338 todos do Código de Trânsito Brasileiro);
- f) contratação por parte do DNIT de empresa terceirizada de engenharia para a realização dos trabalhos de conserto e manutenção da rodovia.

Pleiteia seja suprida a omissão com a integração do acórdão.

Sem manifestação da seguradora.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0013095-28.2011.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIA S.A.

Advogado do(a) APELADO: CLELIA DE CASSIA SINISCALCHI BARBIRATO - SP103494

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inexiste omissão no acórdão. Quanto à questão da legitimidade passiva do embargante, consignou-se:

Quanto à legitimidade do DNIT para figurar no polo passivo da Q demanda, a jurisprudência do STJ é no sentido de que: no caso de ação indenizatória por danos decorrentes de acidente de trânsito ocorrido em rodovia federal, tanto a União quanto o DNIT possuem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda (STJ, AgRg no REsp 1.501.294/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/06/2015). Confira-se também:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL - ANIMAL NA PISTA - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - LEGITIMIDADE DA UIVIÃO E DO DNER - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - OMISSÃO - OCORRÊNCIA DE CULPA - PENSIONAMENTO - TERMO À QUO - REVISÃO DOS DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE - PROPORCIONALIDADE. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem analisa adequada e suficientemente a controvérsia objeto do recurso O especial. 2. Legitimidade do DNER e da União para figurar no polo passivo da ação. 3. Caracterizada a culpa do Estado em acidente envolvendo veículo e animal parado no meio da rodovia, pela ausência de policiamento e vigilância da pista. 4. O termo a quo para o pagamento do pensionamento aos familiares da vítima é a data da ocorrência do óbito. 5. Manutenção do valor fixado nas instâncias ordinárias por dano moral, por não se revelar nem irrisório, nem exorbitante. 6. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.198.534/RS, Rei. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/08/2010).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - DESCABIMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DANO MORAL - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - MANUTENÇÃO DA RODOVIA - LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO - JUROS DE MORA: A USÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o tribunal de origem analisa suficiente e adequadamente todos os dispositivos de lei federal sobre os quais se aponta omissão. 2. Não se conhece de violação do art. 535 do CPC se o recorrente não indica as teses e os dispositivos de lei federal em relação aos quais haveria deficiência na prestação jurisdicional. 3. Inviável análise de pretensão que demanda revolvimento do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 4. Descabe ao STJ conhecer de tese que não foi prequestionada na Q instância de origem. 5. Reconhecimento da responsabilidade subsidiária da União em relação a acidente ocorrido em rodovia federal. 6. Recursos especiais conhecidos em parte e não providos" (STJ, REsp 1.175.906/PR, Rei. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/08/2010).

Tal entendimento encontra supedâneo legal nas atribuições do órgão público estabelecidas nos artigos 82, § 30, da Lei nº 10.233/2001 e 21, inciso I, II, VI, da Lei nº 9.503/97. Ademais, o disposto nos artigos 144, inciso II e § 2º, da CF, 23, inciso Df, do Decreto nº 11/91, 1º, incisos II, III e VII, do Decreto nº 1.655/95, 20, incisos II e III, da lei nº 9.503/97 e 936 do CC, pelas razões citadas, não tem o condão de alterar esse entendimento.

Não houve fixação de responsabilidade solidária entre o DNIT, a Polícia Rodoviária Federal e o dono do animal, como quer fazer crer o embargante, mas tão-somente do DNIT, na espécie.

De outro lado, entendeu-se que a responsabilidade no caso é objetiva, de modo que independe da comprovação de culpa ou dolo da administração, motivo pelo qual não cabe perquirir acerca da prova dos elementos subjetivos do ato, na espécie.

No que toca à prova da existência de causa excludente de responsabilidade, frisou-se:

Ademais, diferentemente do que sustenta o apelante, não restou provada culpa concorrente da vítima ou qualquer outra causa excludente de responsabilidade. Inexiste qualquer elemento nos autos que indique que o veículo segurado estivesse em velocidade superior à legalmente permitida e não há qualquer outro indicio de que seu condutor tivesse agido com imprudência, negligência ou imperícia ou praticado infração prevista no artigo 220, incisos V e XI, do CTB e assim tivesse contribuído para o acidente. O fato de ter realizado uma ultrapassagem em momento anterior ao acidente não configura, por si só, conduta culposa. Ademais, tal circunstância não pode ser presumida. Tal entendimento afasta a incidência do disposto nos artigos 945, 186 e 927 do CC. VI- DISPOSITIVO Ante o exposto, não conheço da remessa oficial, rejeito a preliminar

Nesses pontos, o que se verifica é o inconformismo com o julgamento e seu resultado. Os embargos declaratórios não podem ser admitidos para fins de atribuição de efeito modificativo, com a finalidade de adequação da decisão à tese defendida pela embargante, tampouco para fins de prequestionamento, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 1.022, combinado com o 489, § 1º, ambos do Código de Processo Civil (EDcl no REsp 1269048/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01.12.2011, v.u., DJe 09.12.2011).

Cabe aclarar que a contratação de empresa para a manutenção da rodovia não exime a autarquia de responsabilidade, eis que essa obrigação legal é sua, tanto que, conforme demonstra o contrato, os trabalhos realizados se davam sob sua fiscalização.

Ante o exposto, ACOLHO EM PARTE os embargos, a fim de aclarar o acórdão (id 131476538), conforme fundamentação sem efeitos modificativos.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. VERIFICAÇÃO EM PARTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

- Cabe aclarar que a contratação de empresa para a manutenção da rodovia não exime a autarquia de responsabilidade, eis que essa obrigação legal é sua, tanto que conforme demonstra o contrato, os trabalhos realizados se davam sob sua fiscalização.

- No mais, o que se verifica é o inconformismo com o julgamento e o resultado. Os embargos declaratórios não podem ser admitidos para fins de atribuição de efeito modificativo, com a finalidade de adequação da decisão à tese defendida pela embargante, tampouco para fins de, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 1.022, combinado com o 489, § 1º, ambos do Código de Processo Civil.

- Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu acolher em parte os embargos, a fim de aclarar o acórdão (id 131476538), sem efeitos modificativos, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004797-60.2019.4.03.6106

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: USINA SAO DOMINGOS-ACUCAR E ETANOLS/A

Advogado do(a) APELANTE: HALLEY HENARES NETO - SP125645-A

APELADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL, SERVICIO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: ALEXANDRE CESAR FARIA - SP144895-A, THIAGO LUIZ ISACKSSON DALBUQUERQUE - DF20792-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004797-60.2019.4.03.6106

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: USINA SAO DOMINGOS-ACUCAR E ETANOLS/A

Advogado do(a) APELANTE: HALLEY HENARES NETO - SP125645-A

APELADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL, SERVICIO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: ALEXANDRE CESAR FARIA - SP144895-A, THIAGO LUIZ ISACKSSON DALBUQUERQUE - DF20792-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta pela **Usina São Domingos-Açúcar e Etanol S/A** contra sentença que, em sede de mandado de segurança:

i) acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Diretor-Presidente do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE e extinguiu o feito, sem resolução de mérito, nos termos dos artigos 316 e 485, inciso VI, do Código de Processo Civil; e

ii) denegou a ordem e julgou improcedente o pedido de reconhecimento da inexigibilidade das contribuições destinadas ao SEBRAE, à ABDI (Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial) e à APEX-Brasil (Agência de Promoção de Exportações do Brasil), após o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001 (Id 138835571).

Aduz, em síntese (Id 138835573), que:

a) a contribuição ao SEBRAE instituída pelas Leis nº 8.029/90 e 8.154/90 incide sobre a folha de salário (artigo 3º da Lei nº 7.787/89) e tem natureza de CIDE, nos termos do artigo 149 da Constituição Federal;

b) a Emenda Constitucional nº 33/2001 determinou, de forma taxativa, as bases de cálculo da CIDES sem excepcionar aquelas previstas no artigo 240 da CF, razão pela qual a contribuição ao SEBRAE perdeu seu fundamento de validade, derogada pela superveniência de disposição nova;

c) há inconstitucionalidade superveniente na exigência da contribuição ao SEBRAE sobre a folha de salários, uma vez que está em desacordo com as bases de cálculo previstas no artigo 149, §2º, inciso III, alínea “a”, da Constituição, situação que viola os princípios da legalidade, da segurança jurídica e do direito de propriedade (artigos 5º, incisos II e XXII, e 150, inciso I, da CF);

d) reconhecida a ilegalidade da exigência, deve ser autorizada a compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 05 anos, corrigidos pela taxa SELIC, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

Em contrarrazões (Id 138835603 e 138835604), o SEBRAE e a União requereram o desprovimento do recurso.

O parecer ministerial é no sentido de que seja dado prosseguimento ao feito (Id 139435735).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004797-60.2019.4.03.6106

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: USINA SAO DOMINGOS-ACUCAR E ETANOL S/A

Advogado do(a) APELANTE: HALLEY HENARES NETO - SP125645-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVICIO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: ALEXANDRE CESAR FARIA - SP144895-A, THIAGO LUIZ ISACKSSON DALBUQUERQUE - DF20792-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I - Dos fatos

Mandado de segurança impetrado pela **Usina São Domingos-Açúcar e Etanol S/A** contra ato praticado pelo Delegado da Receita Federal em São José do Rio Preto/SP e Diretor Presidente do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, com vista ao reconhecimento da inexigibilidade das contribuições destinadas ao SEBRAE após o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001, bem como para que seja reconhecido o direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos, corrigidos pela taxa SELIC.

II - Das contribuições e a EC n.º 33/01

O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE (artigo 8º da Lei n.º 8.029/90), bem como a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI (Lei n.º 11.080/04), além da Agência de Promoção de Exportações do Brasil - APEX-Brasil (Lei n.º 10.668/03), têm como finalidades promover a execução das políticas de apoio às micro e às pequenas empresas, promoção de exportações, desenvolvimento industrial e geração de empregos, em consonância com as políticas de comércio exterior e de ciência e tecnologia. Seu custeio é um adicional às alíquotas das contribuições devidas ao Sistema S (SESI, SENAI, SESC e SENAC), incidente sobre o montante da remuneração paga à totalidade dos empregados (artigo 8º, §§3º e 4º, da Lei n.º 8.029/90).

Relativamente à Emenda Constitucional n.º 33/01, cumpre esclarecer que a alteração promovida no artigo 149, § 2º, inciso III, alínea *a*, da CF, ao dispor sobre a alíquota *ad valorem* com base no faturamento, receita bruta ou valor da operação, não restringiu as bases econômicas sobre as quais pode incidir, razão pela qual não há proibição de que a lei adote outras.

A questão foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 603.624/SC, representativo da controvérsia, ao entendimento de que a alteração promovida pela EC n.º 33/2001, no artigo 149, § 2º, inciso III, da CF, não estabeleceu a delimitação exaustiva das bases econômicas passíveis de tributação por toda e qualquer contribuição social e de intervenção do domínio econômico, de modo que a materialidade econômica para a incidência dessas contribuições não se esgota na previsão de faturamento, receita bruta, valor da operação e valor aduaneiro (no caso de importação), podendo comportar, inclusive, a incidência sobre folha de salários, razão pela qual o dispositivo constitucional utiliza a expressão “poderão ter alíquotas”, *verbis*:

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 325 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Relator para o acórdão, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: "As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001".

(Plenário, Rel. Min. Rosa Weber, Rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 23.09.2020, destaquei).

Assim, reconhecida a legalidade da exigência da contribuição ao SEBRAE, resta prejudicada a análise das questões referentes ao direito à compensação.

III – Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. EC N.º 33/01. ARTIGO 149, § 2º, INCISO III, ALÍNEA “A”, DA CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

- O custeio do SEBRAE é realizado por meio de um adicional às alíquotas das contribuições devidas ao *Sistema S* incidente sobre o montante da remuneração paga à totalidade dos empregados.
- De acordo com o artigo 149 da Constituição, as contribuições que integram o denominado *Sistema S* são de interesse das categorias profissionais ou econômicas e utilizadas como instrumento de atuação em suas respectivas áreas, para o desenvolvimento de atividades de amparo aos trabalhadores, com natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico.
- Relativamente à Emenda Constitucional n.º 33/01, cumpre esclarecer que a alteração promovida no artigo 149, § 2º, inciso III, alínea “a”, da CF, ao dispor sobre a alíquota *ad valorem* com base no faturamento, receita bruta ou valor da operação não restringiu as bases econômicas sobre as quais pode incidir, razão pela qual não há proibição de que a lei adote outras (tema 325/STF).
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N.º 5008654-69.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: USINA BOM JESUS S.A. ACUCAR E ALCOOL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: NILTON MARQUES RIBEIRO - SP107740-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, USINA BOM JESUS S.A. ACUCAR E ALCOOL

Advogado do(a) APELADO: NILTON MARQUES RIBEIRO - SP107740-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo as apelações interpostas NILTON MARQUES RIBEIRO (Id.142619493) e pela UNIÃO FEDERAL (Id. 142619496) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5016695-21.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ZILDA DA SILVA DURCE

INTERESSADO: MARCUS INDUSTRIA DE CONDUTORES ELETRICOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: RENATA CAMPOS PINTO DE SIQUEIRA - SP127809-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5016695-21.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ZILDA DA SILVA DURCE

INTERESSADO: MARCUS INDUSTRIA DE CONDUTORES ELETRICOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: RENATA CAMPOS PINTO DE SIQUEIRA - SP127809-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que, em sede de execução fiscal, acolheu a exceção de pré-executividade, ao fundamento de que ocorreu a prescrição para o redirecionamento da execução ao sócio.

Alega, em síntese, que os requisitos necessários para a inclusão da agravada foram preenchidos e o marco inicial para a contagem do prazo prescricional deveria ser a data em que tomou ciência da decisão, na qual o juízo falimentar constatou a existência de crime.

Contraminutas apresentadas de forma duplicada (id. 139840498 e 139840870).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5016695-21.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ZILDA DA SILVA DURCE

INTERESSADO: MARCUS INDUSTRIA DE CONDUTORES ELETRICOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: RENATA CAMPOS PINTO DE SIQUEIRA - SP127809-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I – Da contraminuta de id. 139840870

Deixo de conhecer da segunda contraminuta (id. 139840870), uma vez que, como protocolo da primeira (id. 139840498), operou-se a preclusão consumativa.

II – Prescrição para o redirecionamento

Acerca do termo inicial para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio administrador, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.201.993/SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto no artigo 1.036 do CPC (antigo 543-C do Código de Processo Civil/73), pacificou o seguinte entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica.

(...)

10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controvertida, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular).

11. De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, aí, sim, será possível cogitar da fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente")

12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005.

13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial **o marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública**. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que "a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo", é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública.

TESE REPETITIVA 14. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da execução não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lastro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

(...)

18. Recurso Especial provido."

(REsp 1201993/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2019, DJe 12/12/2019)

No caso dos autos, constato que a citação da executada se deu por meio do comparecimento voluntário aos autos em 04.07.2005 (id 127346826 - Pág. 36). Conforme certidão de objeto e pé dos autos falimentares, a falência da empresa foi decretada em 26.09.2006, com a distribuição do processo de crime falimentar no ano de 2010 (id. 127346826 - Pág. 128). Sob esse aspecto, a exequente aponta como causa para incluir os gestores da pessoa jurídica a prática de atos fraudulentos, os quais resultaram no processo criminal 0009885-25.2010.826.0281. Dessa forma, nos termos do precedente explicitado, o termo inicial da contagem do prazo prescricional se deu quando da propositura da ação penal falimentar. *In casu*, considerada a ausência da data em que ocorreu o seu protocolo inicial e com base nos elementos existentes nos autos, considera-se ajuizada em 31.12.2010. Assim, no momento em que se requereu a inclusão da agravante no polo passivo da execução fiscal (01.11.2017 – id 127346826 - Pág. 115/119), já havia transcorrido o prazo prescricional de 5 anos. Outrossim, não há elementos no processo que justifiquem ou imputem ao mecanismo do Poder Judiciário eventual atraso no pedido de redirecionamento da execução fiscal, o que justifica a manutenção integral da decisão recorrida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.**

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RESP nº 1.201.993/SP. MARCO FINAL DA CONTAGEM. PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL FALIMENTAR. TRANSCURSO DO PRAZO DE 5 ANOS. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

- Não se conhece da segunda contraminuta, uma vez que, com a interposição da primeira, operou-se a preclusão consumativa.

- Objetiva a recorrente o afastamento da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal decretada, uma vez que o marco inicial da contagem desse prazo em que a fazenda nacional tomou ciência da existência de crime falimentar.

- Acerca do termo inicial para o redirecionamento da execução fiscal ao administrador, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.201.993/SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto no artigo 1.036 do CPC (antigo 543-C do Código de Processo Civil/73), pacificou o entendimento.

- A citação da executada se deu por meio do comparecimento voluntário aos autos em 04.07.2005. Conforme certidão de objeto e pé dos autos falimentares, a falência da empresa foi decretada em 26.09.2006, com a distribuição do processo de crime falimentar no ano de 2010. Sob esse aspecto, a exequente aponta como causa para incluir os gestores da pessoa jurídica a prática de atos fraudulentos, os quais resultaram no processo criminal 0009885-25.2010.826.0281.

- Dessa forma, nos termos do precedente explicitado, o termo inicial da contagem do prazo prescricional se deu quando da propositura da ação penal falimentar. *In casu*, considerada a ausência da data em que ocorreu o seu protocolo inicial e com base nos elementos existentes nos autos, considera-se ajuizada em 31.12.2010. Assim, no momento em que se requereu a inclusão da agravante no polo passivo da execução fiscal (01.11.2017), já havia transcorrido o prazo prescricional de 5 anos. Outrossim, não há elementos no processo que justifiquem ou imputem ao mecanismo do Poder Judiciário eventual atraso no pedido de redirecionamento da execução fiscal, o que justifica a manutenção integral da decisão recorrida.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5016358-65.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: T.H.E. COMERCIO DE HIDRAULICA E ELETRICAL LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: MARIA DO ROSARIO PEREIRA ESTEVES - SP113403-B

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id.146499927) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que concedeu parcialmente a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005894-22.2020.4.03.6119

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: SESTINI MERCANTIL LTDA, SESTINI LICENCIAMENTOS LTDA., SESTINI VAREJO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO GONZAGA OLIVEIRA DE NATAL - SP138152-A

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO GONZAGA OLIVEIRA DE NATAL - SP138152-A

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO GONZAGA OLIVEIRA DE NATAL - SP138152-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id.145632967) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que denegou a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0031669-28.2003.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: PAGE INDUSTRIA DE ARTEFATOS DE BORRACHA LTDA - EPP

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ NAKAHARADA JUNIOR - SP163284-A, WAGNER SERPA JUNIOR - SP232382-A, CESAR AUGUSTO GALAFASSI - SP226623-A, FERNANDO EQUI MORATA - SP206723-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0031669-28.2003.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: PAGE INDUSTRIA DE ARTEFATOS DE BORRACHA LTDA - EPP

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ NAKAHARADA JUNIOR - SP163284-A, WAGNER SERPA JUNIOR - SP232382-A, CESAR AUGUSTO GALAFASSI - SP226623-A, FERNANDO EQUI MORATA - SP206723-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por PAGE INDÚSTRIA DE ARTEFATOS DE BORRACHA LTDA. – EPP e reexame necessário contra sentença que, em sede de embargos à execução fiscal, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para reduzir a multa de mora para 20%.

Alega, em síntese, que houve prescrição do crédito tributário, na medida em que a citação foi concretizada após o transcurso do prazo previsto no artigo 174 do CTN. Sustenta, ainda, que a CDA é nula, em razão da sua iliquidez, da incorreta aplicação da Taxa SELIC, bem como pela natureza confiscatória da multa de mora.

Com contrarrazões (id 100427314 - Pág. 113/121)

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0031669-28.2003.4.03.6182

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I – Da prescrição

No caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, o fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que foi posterior: (STJ - REsp 1120295 / SP - RECURSO ESPECIAL - 2009/0113964-5 - Ministro LUIZ FUX - Primeira Seção - DJ: 10/05/2010 - DJe 21/05/2010). Relativamente à observação da alteração promovida no artigo 174 do CTN pela LC 118/2005 para fins de interrupção da prescrição, o STJ também já decidiu a controvérsia em sede de recurso representativo, no sentido de que, como norma processual, a referida lei complementar tem aplicação imediata, inclusive às ações em curso, o que deve ser posterior à sua vigência (09/06/2005), sob pena de retroação da nova legislação, é o despacho citatório: (REsp 999901/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009).

Proposta a ação em 19.03.1999 (id 100424807 - Pág. 4), o despacho que ordenou a citação foi proferido no dia 08.07.1999 (id cit. - Pág. 7), a qual ocorreu, primeiramente por via postal, em 31.08.1999 (id cit. - Pág. 21). Frise-se que essa interrupção não retroage à data da propositura da ação, nos termos do § 1º do artigo 219 do Código de Processo Civil, porquanto a prescrição tributária submete-se à reserva de lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, b, da CF/88. Nesse sentido: (RE 556664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886). Todavia, *in casu*, à vista de o Juízo *a quo* não ter recebido a petição inicial dentro do prazo previsto no artigo 189, I, do CPC/73, vigente à época, é de se aplicar o disposto na Súmula 106 do STJ e o marco final será a data da propositura do feito. Nesse particular, não se revela correto fixar o marco final do prazo em questão na data da citação realizada pelo oficial de justiça 21.10.2002 (id cit. - Pág. 61), pois esse ato somente ocorreu em razão do extravio do comprovante de entrega da citação postal.

No tocante aos tributos cobrados, os seus vencimentos estão datados entre 16.02.1996 a 10.12.1996, sem notícia acerca da entrega da declaração. Logo, mesmo com o marco inicial para a sua contagem no vencimento, *ex vi* do artigo 174 do CTN, não houve transcurso do quinquênio prescricional, de forma que é válida a cobrança de todos os tributos exigidos na petição inicial.

II – Da nulidade da CDA

Destaco a redação dos artigos 202 do CTN e 2º, §§5º e 6º da Lei nº 6.830/80, *verbis*:

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

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

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

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

IV - a data em que foi inscrita;

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

§ 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.

(...)"

A documentação acostada aos autos evidencia que a CDA observou o requisito exigido nessa norma, vale dizer, o nome do devedor, seu domicílio, a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos, a origem e natureza do crédito, com a disposição da lei em que é fundado, atualização monetária, respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo, a data em que foi inscrita e o número do processo administrativo de que se originou o crédito. Saliente-se que há expresso apontamento de que a dívida foi inscrita com os elementos constantes dos processos administrativos relacionados sobre os quais recai a presunção de legitimidade, no sentido de que foram apuradas a liquidez e certeza do débito após o devido processo legal, em atenção ao contraditório e à ampla defesa, bem como que até a sua liquidação está sujeita à correção monetária, aos juros de mora, com expressa indicação da legislação aplicável. Não há, nos autos, portanto, elementos pré-constituídos que infirmem a presunção de certeza e liquidez, de maneira que a alegação de nulidade da CDA não pode ser acolhida. Nesse sentido: (TRF3 - AI 00309871920084030000, JUÍZA CONVOCADA SIMONE SCHRODER RIBEIRO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/02/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO; TRF3 - AC 00461634820104036182, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/02/2014).

III - Da Taxa SELIC

Quanto à aplicação da Taxa SELIC, a insurgência não prospera, visto que não há vedação à sua veiculação por lei ordinária (artigo 84, inciso I, da Lei nº 8.981/95, Lei nº 9.065/95, artigo 13 e Lei nº 8.218/91, artigo 34, com a redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97), cuja previsão legal admite a incidência de juros e atualização monetária, haja vista a constante desvalorização da moeda.

Resalte-se que a fixação da taxa por ato administrativo emanado do Banco Central é prática do Poder Executivo e não representa violação aos princípios da legalidade e da tipicidade, na medida em que a variação da SELIC como índice de juros foi estipulada em lei. Ademais, a utilização da taxa respeita o princípio da equidade, uma vez que também é aplicada nas restituições (repetição de indébito e compensação tributária) desde 1º de janeiro de 1996, por força do disposto no § 4º do artigo 39 da Lei nº 9.250/95.

Ademais, o Pleno do Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento, por meio de julgamento do Recurso Extraordinário nº 582.461, representativo da controvérsia, no sentido da legitimidade da incidência da taxa SELIC para atualização dos débitos tributários quando a lei autorize, em consonância com o § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional, que permite a incidência de juros de mora diversos do percentual de 1% quando assim a lei dispuser, *verbis*:

1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa SELIC. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.

(...)

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE nº 582.461, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.05.2011, DJe 18.08.2011).

O Superior Tribunal de Justiça também tem jurisprudência consolidada no sentido da legalidade da incidência da referida taxa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI ESTADUAL. ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

2. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. (Precedentes: AgRg no Ag 1103085/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009; REsp 803.059/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16/06/2009, DJe 24/06/2009; REsp 1098029/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009; AgRg no Ag 1107556/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/06/2009, DJe 01/07/2009; AgRg no Ag 961.746/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 21/08/2009)

3. Raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias.

9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 879844/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, j. 11.11.2009, DJe 25.11.2009).

De rigor, portanto, a manutenção da aplicação da taxa SELIC.

IV - Do percentual excessivo da multa de mora

Quanto ao percentual da multa de mora, destaque-se que a sua imposição tem o escopo de desestimular a elisão fiscal e o seu percentual não pode ser tão reduzido a ponto de incitar os contribuintes a não cumprir suas obrigações tributárias, mas também não pode ser excessivo, o que lhe atribuiria natureza confiscatória (artigo 150, IV, da CF/88). Nesse contexto, conclui-se que o patamar de 20% é razoável e atende aos objetivos da sanção, assim como aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem violação aos princípios da legalidade (artigo 5º, II, XX, XXII, 170, II e III, da CF/88 e Lei nº 9.298/96), da capacidade contributiva e do não-confisco, tratados no artigo 145, inciso I, da Carta Política. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já pacificou esse entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário nº 582.461, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria, *in verbis*:

"Recurso extraordinário. Repercussão geral. [...] 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 582461, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00177)

Por outro lado, no tocante à redução do seu percentual para 20%, objeto do reexame necessário, à luz do artigo 106, inciso II, letra "c", do CTN, c.c. o artigo 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96, não há como não se aplicar a norma mais benéfica e reduzirem-se as multas moratórias para 20%. Nesse sentido, há jurisprudência (STJ: Resp. 898197, rel. Min. Teoria A. Zavascki, DJV de 22.03.07, Resp. 341620, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJV de 25.04.06).

V – Do dispositivo

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E AO REEXAME NECESSÁRIO.**

É o relatório.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. SÚMULA 106 DO STJ. INCIDÊNCIA. ARTIGO 174 DO CTN. AUSÊNCIA DO TRANSCURSO DO PRAZO. NULIDADE DA CDA. ARTIGOS 202 DO CTN E 6º DA LEI Nº 6.830/80. OBSERVÂNCIA. VALIDADE. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. MULTA DE MORA. AUSÊNCIA DE NATUREZA CONFISCATÓRIA. REDUÇÃO PARA O PERCENTUAL DE 20%. ARTIGO 106, II, C DO CTN. RECURSO E REEXAME NECESSÁRIOS DESPROVIDOS.

- No caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, o fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior: (STJ - REsp 1120295 / SP - RECURSO ESPECIAL - 2009/0113964-5 - Ministro LUIZ FUX - Primeira Seção - DJ: 10/05/2010 - DJe 21/05/2010). Relativamente à observação da alteração promovida no artigo 174 do CTN pela LC 118/2005 para fins de interrupção da prescrição, o STJ também já decidiu a controvérsia em sede de recurso representativo, no sentido de que, como norma processual, a referida lei complementar tem aplicação imediata, inclusive às ações em curso, o que deve ser posterior à sua vigência (09/06/2005), sob pena de retroação da nova legislação, é o despacho citatório: (REsp 999901/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009).

- Proposta a ação em 19.03.1999, o despacho que ordenou a citação foi proferido no dia 08.07.1999, a qual ocorreu, primeiramente por via postal, em 31.08.1999. Frise-se que essa interrupção não retroage à data da propositura da ação, nos termos do § 1º do artigo 219 do Código de Processo Civil, porquanto a prescrição tributária submete-se à reserva de lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, b, da CF/88. Nesse sentido: (RE 556664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886). Todavia, *in casu*, à vista de o MM. Juízo a quo não ter recebido a petição inicial dentro do prazo previsto no artigo 189, I, do CPC/73, vigente à época, é de se aplicar o disposto na Súmula 106 do STJ e o marco final será a data da propositura do feito. Nesse particular, não se revela correto fixar o marco final do prazo em questão na data da citação realizada pelo oficial de justiça 21.10.2002, pois tal ato somente ocorreu em razão do extravio do comprovante de entrega da citação postal.

- No tocante aos tributos cobrados, os seus vencimentos estão datados entre 16.02.1996 a 10.12.1996, sem notícia acerca da entrega da declaração. Logo, mesmo com o marco inicial para a sua contagem no vencimento, *ex vi* do artigo 174 do CTN, não houve transcurso do quinquênio prescricional, de forma que é válida a cobrança de todos os tributos exigidos na petição inicial.

- A documentação acostada aos autos evidencia que a CDA observou o requisito exigido nessa norma, vale dizer, o nome do devedor, seu domicílio, a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos, a origem e natureza do crédito, com a disposição da lei em que é fundado, atualização monetária, respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo, a data em que foi inscrita e o número do processo administrativo de que se originar o crédito. Saliente-se que há expresso apontamento de que a dívida foi inscrita com os elementos constantes dos processos administrativos relacionados sobre os quais recai a presunção de legitimidade, no sentido de que foram apuradas a liquidez e certeza do débito após o devido processo legal, em atenção ao contraditório e à ampla defesa, bem como que até a sua liquidação está sujeita à correção monetária, aos juros de mora, com expressa indicação da legislação aplicável. Não há, nos autos, portanto, elementos pré-constituídos que infirmem a presunção de certeza e liquidez, de maneira que a alegação de nulidade da CDA não pode ser acolhida. Nesse sentido: (TRF3 - AI 00309871920084030000, JUÍZA CONVOCADA SIMONE SCHRODER RIBEIRO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/02/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO; TRF3 - AC 00461634820104036182, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/02/2014).

- Quanto à aplicação da Taxa SELIC, a insurgência não prospera, visto que não há vedação à sua veiculação por lei ordinária (artigo 84, inciso I, da Lei nº 8.981/95, Lei nº 9.065/95, artigo 13 e Lei nº 8.218/91, artigo 34, com a redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97), cuja previsão legal admite a incidência de juros e atualização monetária, haja vista a constante desvalorização da moeda.

- Ressalte-se que a fixação da taxa por ato administrativo emanado do Banco Central é prática do Poder Executivo e não representa violação aos princípios da legalidade e da tipicidade, na medida em que a variação da SELIC com índice de juros foi estipulada em lei. Ademais, a utilização da taxa respeita o princípio da equidade, uma vez que também é aplicada nas restituições (repetição de indébito e compensação tributária) desde 1º de janeiro de 1996, por força do disposto no § 4º do artigo 39 da Lei nº 9.250/95.

- Ademais, o Pleno do Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento, por meio de julgamento do Recurso Extraordinário nº 582.461, representativo da controvérsia, no sentido da legitimidade da incidência da taxa SELIC para atualização dos débitos tributários quando a lei autoriza, em consonância com o § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional, que permite a incidência de juros de mora diversos do percentual de 1% quando assim a lei dispuser.

- O Superior Tribunal de Justiça também tem jurisprudência consolidada no sentido da legalidade da incidência da referida taxa

- De rigor, portanto, a manutenção da aplicação da taxa SELIC.

- Quanto ao percentual da multa de mora, destaca-se que é considerada lícita, pois sua imposição tem o escopo de desestimular a elisão fiscal e o seu percentual não pode ser tão reduzido a ponto de incitar os contribuintes a não satisfazerem suas obrigações tributárias, mas também não pode ser excessivo, o que lhe atribuiria natureza confiscatória (artigo 150, IV, da CF/88). Nesse contexto, conclui-se que o patamar de 20% é razoável e atende aos objetivos da sanção, assim como aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem violação aos princípios da legalidade (artigo 5º, II, XX, XXII, 170, II e III, da CF/88 e Lei nº 9.298/96), da capacidade contributiva e do não-confisco, tratados no artigo 145, inciso I, da Carta Política. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já pacificou esse entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário nº 582.461, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria.

- Por outro lado, no tocante à redução do seu percentual para 20%, objeto do reexame necessário, à luz do artigo 106, inciso II, letra "c", do CTN, c.c. o artigo 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96, não há como não se aplicar a norma mais benéfica e reduzirem-se as multas moratórias para 20%. Nesse sentido, há jurisprudência (STJ: Resp. 898197, rel. Min. Teoria A. Zavascki, DJV de 22.03.07, Resp. 341620, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJV de 25.04.06).

- Apelação e reexame necessário desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação e ao reexame necessário, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5013074-02.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/12/2020 450/837

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id.146848256) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033701-41.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: CLIMERIO DOS SANTOS VIEIRA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CLIMERIO DOS SANTOS VIEIRA - SP341604-A

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Agravo de instrumento interposto por CLIMÉRIO DOS SANTOS VIEIRA contra decisão proferida nos autos de execução fiscal nº 5002891-38.2019.4.03.6105.

Verifica-se que o agravante foi intimado da referida decisão em 23/12/2020 (conforme ciência no sistema PJe 1º grau) e que seu recurso foi autuado nesta corte em 16/12/2020, 01 (um) dia após o término do prazo legal. O agravante menciona o provimento CSM 2.538/2019 (TJ-SP).

Assim, nos termos do artigo 10 do CPC, manifestem-se as partes sobre a eventual intempestividade do recurso.

Publique-se. Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033680-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: SERVICON SERVICOS DE CONDOMINIO EIRELI - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: YASMIN CONDE ARRIGHI - RJ211726-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Dispõe o artigo 2º da Resolução PRES nº 138 da Presidência, de 06/07/2017, que trata do recolhimento de custas no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, *verbis*:

Art. 2º O recolhimento das custas, preços e despesas será feito mediante Guia de Recolhimento da União (GRU), em qualquer agência da Caixa Econômica Federal (CEF), juntando-se, obrigatoriamente, aos autos, via com autenticação bancária original ou acompanhada do comprovante do pagamento.

§1º Não existindo agência da CEF no local, o recolhimento pode ser feito no Banco do Brasil, observando-se os códigos específicos mencionados na tabela do Anexo II.

§2º Serão admitidos os recolhimentos eletrônicos de custas quando efetuados via internet, por meio de GRU eletrônica na CEF, juntando-se obrigatoriamente comprovante aos autos.

§3º Nos autos eletrônicos, a GRU digitalizada terá o mesmo valor da guia original, salvo se houver alegação motivada e fundamentada de adulteração, e caberá ao seu detentor preservá-la até o final do prazo para a propositura de ação rescisória.

Denota-se que as custas foram recolhidas no Banco do Brasil (Id 149677154) e não na Caixa Econômica Federal, como determina o *caput* do artigo 2º acima transcrito.

Assim, esclareça a agravante quanto ao recolhimento das custas efetuado em banco diverso do previsto na mencionada resolução, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

Intime-se. Publique-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008706-13.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: NAMBEI INDUSTRIA DE CONDUTORES ELETRICOS LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: DANIELA MADEIRA LIMA - SP154849-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008706-13.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: NAMBEI INDUSTRIA DE CONDUTORES ELETRICOS LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: DANIELA MADEIRA LIMA - SP154849-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por NAMBEI INDÚSTRIA DE CONDUTORES ELÉTRICOS LTDA. contra a sentença que, em sede de embargos à execução fiscal, julgou improcedente a ação.

Alega, em síntese, que é indevido o uso da taxa SELIC como critério de juros de mora, fato esse que torna nulo o título executivo. Sustenta, ainda, que a penhora de dinheiro em conta corrente é inválida por infringir o princípio da menor onerosidade declinado no artigo 805 do CPC, pois realizada antes de se promover a penhora de bens na sede industrial da embargante, os quais são suficientes a garantia do débito.

Contrarrazões apresentadas, nas quais a fazenda nacional requer o desprovemento do recurso da apelante e a sua condenação por litigância de má-fé (Id 5143950 - Pág. 29/39).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008706-13.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: NAMBEI INDUSTRIA DE CONDUTORES ELETRICOS LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: DANIELA MADEIRA LIMA - SP154849-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I – Do uso da Taxa SELIC

Quanto à aplicação da Taxa SELIC, a insurgência não prospera, visto que não há vedação à sua veiculação por lei ordinária (artigo 84, inciso I, da Lei nº 8.981/95, Lei nº 9.065/95, artigo 13 e Lei nº 8.218/91, artigo 34, com a redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97), cuja previsão legal admite a incidência de juros e atualização monetária, haja vista a constante desvalorização da moeda.

Ressalte-se que a fixação da taxa por ato administrativo emanado do Banco Central é prática do Poder Executivo e não representa violação aos princípios da legalidade e da tipicidade, na medida em que a variação da SELIC como índice de juros foi estipulada em lei. Ademais, a utilização da taxa respeita o princípio da equidade, uma vez que também é aplicada nas restituições (repetição de indébito e compensação tributária) desde 1º de janeiro de 1996, por força do disposto no § 4º do artigo 39 da Lei nº 9.250/95.

Ademais, o Pleno do Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento, por meio de julgamento do Recurso Extraordinário nº 582.461, representativo da controvérsia, no sentido da legitimidade da incidência da taxa SELIC para atualização dos débitos tributários quando a lei autorize, em consonância com o § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional, que permite a incidência de juros de mora diversos do percentual de 1% quando assim a lei dispuser, *verbis*:

1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa SELIC. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.

(...)

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE nº 582.461, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.05.2011, DJe 18.08.2011).

O Superior Tribunal de Justiça também tem jurisprudência consolidada no sentido da legalidade da incidência da referida taxa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI ESTADUAL. ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

2. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. (Precedentes: AgRg no Ag 1103085/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009; REsp 803.059/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16/06/2009, DJe 24/06/2009; REsp 1098029/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009; AgRg no Ag 1107556/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/06/2009, DJe 01/07/2009; AgRg no Ag 961.746/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 21/08/2009)
3. Raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias.
9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
- (REsp 879844/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, j. 11.11.2009, DJe 25.11.2009).

De rigor, portanto, a manutenção da aplicação da Taxa SELIC.

II – Da manutenção da penhora de valores bloqueados pelo sistema BACENJUD

No julgamento do REsp 1.184.765/PA pelo regime do artigo 543-C do CPC o STJ estabeleceu que a utilização do Sistema BACEN-JUD no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras. Nesse sentido, destaca:

*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACEN-JUD. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. ARTIGO 11, DA LEI 6.830/80. ARTIGO 185-A, DO CTN. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 11.382/2006. ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI DE ÍNDOLE PROCESSUAL. 1. A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (Precedente da Primeira Seção: REsp 1.052.081/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 26.05.2010. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1.194.067/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 01.07.2010; AgRg no REsp 1.143.806/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 21.06.2010; REsp 1.101.288/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02.04.2009, DJe 20.04.2009; e REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008. Precedente da Corte Especial que adotou a mesma exegese para a execução civil: REsp 1.112.943/MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2010). 2. A execução judicial para a cobrança da Dívida Ativa da União, Estados e Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias é regida pela Lei 6.830/80 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. 3. A Lei 6.830/80, em seu artigo 9º, determina que, em garantia da execução, o executado poderá, entre outros, nomear bens à penhora, observada a ordem prevista no artigo 11, na qual o "dinheiro" exsurge com primazia. 4. Por seu turno, o artigo 655, do CPC, em sua redação primitiva, dispunha que incumbia ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a ordem de penhora, cujo inciso I fazia referência genérica a "dinheiro". 5. Entretanto, em 06 de dezembro de 2006, sobreveio a Lei 11.382, que alterou o artigo 655 e inseriu o artigo 655-A ao Código de Processo Civil, verbis: "Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - veículos de via terrestre; III - bens móveis em geral; IV - bens imóveis; V - navios e aeronaves; VI - ações e quotas de sociedades empresárias; VII - percentual do faturamento de empresa devedora; VIII - pedras e metais preciosos; IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; XI - outros direitos. (...) Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. § 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (...)". 6. Deveras, antes da vigência da Lei 11.382/2006, encontravam-se consolidados, no Superior Tribunal de Justiça, os entendimentos jurisprudenciais no sentido da relativização da ordem legal de penhora prevista nos artigos 11, da Lei de Execução Fiscal, e 655, do CPC (EDcl nos REsp 819.052/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 08.08.2007, DJ 20.08.2007; e REsp 662.349/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 10.05.2006, DJ 09.10.2006), e de que o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (mediante a expedição de ofício à Receita Federal e ao BACEN) pressupunha o esgotamento, pelo exequente, de todos os meios de obtenção de informações sobre o executado e seus bens e que as diligências restassem infrutíferas (REsp 144.823/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02.10.1997, DJ 17.11.1997; AgRg no Ag 202.783/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 17.12.1998, DJ 22.03.1999; AgRg no REsp 644.456/SC, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.02.2005, DJ 04.04.2005; REsp 771.838/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 03.10.2005; e REsp 796.485/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 02.02.2006, DJ 13.03.2006). 7. A introdução do artigo 185-A no Código Tributário Nacional, promovida pela Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, corroborou a tese da necessidade de exaurimento das diligências conducentes à localização de bens passíveis de penhora antes da decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado, verbis: "Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. § 1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. § 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juiz a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido." 8. Nada obstante, a partir da vigência da Lei 11.382/2006, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC), tornando-se prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora on line (artigo 655-A, do CPC). 9. A antinomia aparente entre o artigo 185-A, do CTN (que cuida da decretação de indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A, do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da Teoria pós-moderna do Diálogo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. 10. Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concedida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo. 11. Deveras, a ratio essendi do artigo 185-A, do CTN, é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente "colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)" (REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008). 12. Assim, a interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80 e 655 e 655-A, do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente. 13. À luz da regra de direito intertemporal que preconiza a aplicação imediata da lei nova de índole processual, infere-se a existência de dois regimes normativos no que concerne à penhora eletrônica de dinheiro em depósito ou aplicação financeira: (i) período anterior à *égide* da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006 (que obedeceu a *vacatio legis* de 45 dias após a publicação), no qual a utilização do Sistema BACEN-JUD pressupunha a demonstração de que o exequente não lograra êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens; e (ii) período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), a partir do qual se revela prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras. 14. In casu, a decisão proferida pelo Juízo Singular em 30.01.2008 determinou, com base no poder geral de cautela, o "arresto prévio" (mediante bloqueio eletrônico pelo sistema BACENJUD) dos valores existentes em contas bancárias da empresa executada e dos co-responsáveis (até o limite do valor exequendo), sob o fundamento de que "nos processos de execução fiscal que tramitam nesta vara, tradicionalmente, os executados têm se desfeito e valores depositados em instituições bancárias após o recebimento da carta da citação". 15. Conseqüentemente, a argumentação empresarial de que o bloqueio eletrônico dera-se antes da regular citação esbarra na existência ou não dos requisitos autorizadores da medida provisória (em tese, apta a evitar lesão grave e de difícil reparação, ex vi do disposto nos artigos 798 e 799, do CPC), cuja análise impõe o reexame do contexto fático-probatório valorado pelo Juízo Singular, providência obstada pela Súmula 7/STJ. 16. Destarte, o bloqueio eletrônico dos depósitos e aplicações financeiras dos executados, determinado em 2008 (período posterior à vigência da Lei 11.382/2006), não se condicionava à demonstração da realização de todas as diligências possíveis para encontrar bens do devedor. 17. Contudo, impende ressaltar que a penhora eletrônica dos valores depositados nas contas bancárias não pode descurar-se da norma inserida no artigo 649, IV, do CPC (com a redação dada pela Lei 11.382/2006), segundo a qual são absolutamente impenhoráveis "os vencimentos, subsídios, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal". 18. As questões atinentes à prescrição dos créditos tributários executados e à ilegitimidade dos sócios da empresa (suscitadas no agravo de instrumento empresarial) deverão ser objeto de discussão na instância ordinária, no âmbito do meio processual adequado, sendo certo que o requisito do prequestionamento torna inviável a discussão, pela vez primeira, em sede de recurso especial, de matéria não debatida na origem. 19. Recurso especial fazendário provido, declarando-se a legalidade da ordem judicial que importou no bloqueio liminar dos depósitos e aplicações financeiras constantes das contas bancárias dos executados. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

A alegação de existência de bens suficientes para a satisfação do débito passíveis de penhora não está acompanhada da demonstração de que a executada os ofereceu no prazo de 5 dias após a citação previsto no artigo 8º, *caput*, da Lei nº 6.830/80, o que impede este juízo de avançar mais sobre o tema, na medida em que não se pode avaliar se a situação é de estrita aplicação do previsto no artigo 805 do CPC, acaso o oferecimento seja anterior ao decurso do interregno citado ou de substituição de penhora de dinheiro por outro bem, fato esse que traria a análise do artigo 15, I, da LEF.

Dessa forma, considerado que o bloqueio de valores pelo sistema de BACENJUD prescinde da realização de qualquer outra diligência, bem como a ausência de elementos que justifiquem a incidência do artigo 805 do CPC (artigo 373, I, do CPC), é de se manter integralmente a sentença recorrida.

III - Da litigância de má-fé

As hipóteses de litigância de má-fé estão previstas no artigo 80 do Código de Processo Civil e o motivo para aplicação da sanção nelas não se enquadra, uma vez que não se constata a prática dolosa dos atos ali tipificados apenas pela mera oposição da exceção de pré-executividade. Nesse sentido, confira-se: "...Ausente o dolo na conduta da parte autora, descabe a imposição de multa por litigância de má-fé." (TRF 4ª Região, AC 002584-13.2013.404.9999, Quinta Turma, Rel. Luiz Antonio Bonat, D.E. 19.11.2015)

IV – Do dispositivo

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E INDEFIRO O REQUERIMENTO PARA CONDENAR A APELANTE NAS PENAS DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.**

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. VALIDADE. BACENJUD. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DOS DEMAIS MEIOS DE PENHORA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. REQUERIMENTO DA APELADA INDEFERIDO.

- Quanto à aplicação da Taxa SELIC, a insurgência não prospera, visto que não há vedação à sua veiculação por lei ordinária (artigo 84, inciso I, da Lei nº 8.981/95, Lei nº 9.065/95, artigo 13 e Lei nº 8.218/91, artigo 34, com a redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97), cuja previsão legal admite a incidência de juros e atualização monetária, haja vista a constante desvalorização da moeda.

- Ressalte-se que a fixação da taxa por ato administrativo emanado do Banco Central é prática do Poder Executivo e não representa violação aos princípios da legalidade e da tipicidade, na medida em que a variação da SELIC como índice de juros foi estipulada em lei. Ademais, a utilização da taxa respeita o princípio da equidade, uma vez que também é aplicada nas restituições (repetição de indébito e compensação tributária) desde 1º de janeiro de 1996, por força do disposto no § 4º do artigo 39 da Lei nº 9.250/95.

- Ademais, o Pleno do Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento, por meio de julgamento do Recurso Extraordinário nº 582.461, representativo da controvérsia, no sentido da legitimidade da incidência da taxa SELIC para atualização dos débitos tributários quando a lei autorize, em consonância com o § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional, que permite a incidência de juros de mora diversos do percentual de 1% quando assim a lei dispuser.

- O Superior Tribunal de Justiça também tem jurisprudência consolidada no sentido da legalidade da incidência da referida taxa.

- De rigor, portanto, a manutenção da aplicação da taxa SELIC.

- No julgamento do REsp 1.184.765/PA pelo regime do artigo 543-C do CPC o STJ estabeleceu que a utilização do Sistema BACEN-JUD no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras.

- Apenas para exaurimento do tema, a alegação de existência de bens suficientes para a satisfação do débito passíveis de penhora não está acompanhada da demonstração de que a executada os ofereceu no prazo de 5 dias após a citação previsto no artigo 8º, *caput*, da Lei nº 6.830/80. Tal omissão impede este juízo de avançar mais sobre o tema, na medida em que não se pode avaliar se a situação é de estrita aplicação do previsto no artigo 805 do CPC, acaso o oferecimento seja anterior ao decurso do interregno citado, ou de substituição de penhora de dinheiro por outro bem, fato esse que traria a análise do artigo 15, I, da LEF.

- Dessa forma, seja porque o bloqueio de valores pelo sistema de BACENJUD prescinde da realização de qualquer outra diligência, bem como a ausência de elementos que justifiquem a incidência do artigo 805 do CPC (artigo 373, I, do CPC), é de se manter integralmente a sentença recorrida.

- As hipóteses de litigância de má-fé estão previstas no artigo 80 do Código de Processo Civil e o motivo para aplicação da sanção nelas não se enquadra, uma vez que não se constata a prática dolosa dos atos ali tipificados apenas pela mera oposição da exceção de pré-executividade. Nesse sentido, confira-se: "...Ausente o dolo na conduta da parte autora, descabe a imposição de multa por litigância de má-fé." (TRF 4ª Região, AC 002584-13.2013.404.9999, Quinta Turma, Rel. Luiz Antonio Bonat, D.E. 19.11.2015).

- Apelação cível desprovida. Requerimento da apelada para condenar a apelante nas penas de litigância de má-fé indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação e indeferir o requerimento para condenar a apelante nas penas de litigância de má-fé, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033438-09.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

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

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO ALEXANDRE GIORGINI FUSCO CAMMAROSANO - SP310036-A

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL, MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: HELLEN CRISTINA PADIAL BACKSTRON FALAVIGNA, GUSTAVO ANSANI MANCINI NICOLAU

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: LUIS EDUARDO PATRONE REGULES - SP137416

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: JOSE RICARDO BIAZZO SIMON - SP127708-A

DESPACHO

Intimem-se os agravados, nos termos e para os efeitos do artigo 1019, inciso II, da lei processual civil.

Publique-se.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012970-36.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JULIO CARIA

Advogados do(a) APELADO: EDUARDO CORREIA DE ALMEIDA - SP306764-A, MARIA MIRIAN DA COSTA FERREIRA - SP332391-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012970-36.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JULIO CARIA

Advogados do(a) APELADO: EDUARDO CORREIA DE ALMEIDA - SP306764-A, MARIA MIRIAN DA COSTA FERREIRA - SP332391-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo INSS contra a sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou procedente o pedido, para reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 dias (id 133314219).

Sustenta o apelante, em síntese, que (id 133314223):

a) o STF decidiu, sob a sistemática da repercussão geral (RE n.º 631.240/MG), ser imprescindível, como regra, a manifestação administrativa antes de o segurado instar o Poder Judiciário sobre pretensão direito a benefício previdenciário;

b) não se pode impor ao INSS a análise, em prazo exíguo, de requerimento administrativo de determinado segurado por ordem judicial, quando inexistem condições fáticas e momentâneas de aplicação do mesmo entendimento para os demais casos pendentes (princípio da reserva do possível, princípio da eficiência, princípio da separação dos poderes);

c) o entendimento explicitado na sentença viola os artigos 5º e 37 da CF, que garantem o tratamento isonômico e impessoal a todos os brasileiros;

d) o artigo 41-A da Lei n.º 8.213/91 traz um prazo mínimo para o início do pagamento do benefício contado da conclusão da análise administrativa, com a disponibilização da documentação necessária. Da leitura do artigo 49 da Lei n.º 9.784/99 evidencia-se que o referido prazo de 30 dias configura interregno temporal para decisão depois da conclusão de toda a instrução processual. Tais normas não se aplicam ao caso;

e) as situações excepcionais merecem tratamento especial, inclusive pelo Poder Judiciário. Aplica-se ao caso o disposto nos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, além do parâmetro temporal (90 dias) definido pelo STF na modulação dos efeitos no julgamento do RE n.º 631.240/MG.

Pede a reforma do julgado.

Contrarrazões registradas sob o id 133314230.

O MPF manifestou-se no sentido de se dar regular prosseguimento ao feito (id 134045859).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5012970-36.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JULIO CARIA

Advogados do(a) APELADO: EDUARDO CORREIA DE ALMEIDA - SP306764-A, MARIA MIRIAN DA COSTA FERREIRA - SP332391-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo o apelo e passo ao julgamento.

Inicialmente, cabe destacar que na situação dos autos não se pleiteia a concessão de benefício previdenciário, como alegado (RE n.º 631.240/MG), mas, sim, a conclusão do procedimento administrativo.

Outrossim, a Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal estabelece, em seus artigos 48 e 49, que a administração tem o dever de proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir; salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Nesse sentido, merece destaque a jurisprudência desta corte:

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE NA ANÁLISE DE REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

I- O impetrante alega na inicial que em 20/5/16 formulou requerimento administrativo de aposentadoria por idade perante o INSS (NB 42/177.351.545-1), no entanto, "desde o requerimento, mesmo após ter apresentado todos os documentos necessários para o postulado direito, o benefício do Impetrante continua em análise" (fls. 3). Informou, ainda, que em consulta ao sistema do INSS, consta a informação "Benefício Habilitado", motivo pelo qual requer a concessão da segurança para que seja processado o pedido administrativo. **Considerando que a análise administrativa está sem solução desde 20/5/16 e o presente mandamus foi impetrado em 20/10/16, ultrapassou-se muito o prazo fixado, por analogia, pelo art. 174 do Decreto n° 3.048/99 e a Lei n° 9.784/99, que fixam prazo de até 45 dias a partir da data da documentação comprobatória para análise do pleito.**

II- Em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula n° 105 do C. Superior Tribunal de Justiça. III- Remessa oficial improvida.

(REO n.º 0011677220164036119, rel. Des. Federal NEWTON DE LUCCA, Oitava Turma, Julg.: 25/06/2018, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018..FONTE_REPUBLICACAO:)

Nesse contexto, apresentando o requerimento administrativo em 17 de agosto de 2018 (id 133314202), evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal (mandado de segurança impetrado em 20/09/2019), bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Assim, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que, efetivamente, não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja atendido. Descabe se falar em ofensa aos princípios da reserva do possível, da eficiência, da isonomia (arts. 5º e 37 da CF) ou princípio da separação dos poderes.

As argumentações relativas aos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não têm o condão de infirmar o entendimento explicitado.

Ainda que o prazo para o desfecho do procedimento administrativo fosse de 90 (noventa dias), tal período já se esgotou.

Destarte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença.

Ante o exposto, **nego provimento ao apelo e à remessa oficial.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INSS. PRAZO RAZOÁVEL. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA.

- Cabe destacar que na situação dos autos não se pleiteia a concessão de benefício previdenciário, como alegado (RE n.º 631.240/MG), mas, sim a conclusão do procedimento administrativo.

- A Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece, em seus artigos 48 e 49, que a administração tem o dever de proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada.

- Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Nesse contexto, formulado o requerimento administrativo em 17 de agosto de 2018, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal (mandado de segurança impetrado em 20/09/2019) bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Assim, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que, efetivamente, não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja atendido.

- Destaque-se, ademais, que o art. 41-A, § 5º, da Lei n° 8.213/91, na redação dada pela Lei n° 11.665/08, estabelece que: *O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão.*

- Nesse contexto, descabe se falar em ofensa aos princípios da reserva do possível, da eficiência, da isonomia (arts. 5º e 37 da CF) ou princípio da separação dos poderes.

- As argumentações relativas aos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não têm o condão de infirmar o entendimento explicitado.

- Ainda que o prazo para desfecho do procedimento administrativo fosse de 90 (noventa dias), tal período já se esgotou.

- **Remessa oficial e apelo a que se nega provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0005524-44.2013.4.03.6000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id.147549846 fls. 67/73) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000820-36.2019.4.03.6114

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: CARLOS ROGERIO FAGUNDES FLORES

Advogado do(a) APELANTE: DOUGLAS NEWTON QUEIROZ - SP390166-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL, BANCO DO BRASIL SA

Advogado do(a) APELADO: EDUARDO JANZON AVALLONE NOGUEIRA - SP123199-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id.146586928) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011965-34.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: ECOLE SERVICOS MEDICOS LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: JOAO CARLOS ZANON - SP163266-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id.138004244) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001192-48.2020.4.03.6114

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIACOS INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS SIDERUGICOS EIRELI - ME

Advogado do(a) APELANTE: EDSON BALDOINO JUNIOR - SP162589-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id.137400950) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que denegou a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033328-10.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: MARIA INES MENDES CORREA DE MORAES ROCHA MARTINS, LEONI ZENI

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROGERIO ROMERA MICHEL - SP303381-A, ALEXANDRE LEVY NOGUEIRA DE BARROS - SP235730-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROGERIO ROMERA MICHEL - SP303381-A, ALEXANDRE LEVY NOGUEIRA DE BARROS - SP235730-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MARIA INÊS MENDES CORRÊA DE MORAES ROCHA MARTINS e LEONI ZENIA em face de decisão que, em sede de execução fiscal, não conheceu da exceção de pré-executividade, mantendo os sócios no polo passivo da ação.

Alegam, em síntese, que não houve a dissolução irregular da empresa, nem a comprovação de ter agido com excesso de poder ou infração de lei. Aduzem, ainda, que a empresa executada continua em pleno funcionamento. Pedem a antecipação da tutela recursal para suspender eventuais atos expropriatórios que os atinja.

É o relatório.

Decido.

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

É o caso dos autos.

Conforme dispõe o art. 135, *caput*, do CTN, são requisitos para o redirecionamento da execução fiscal, a prática de atos com excesso de poderes ou a infração da lei, estatuto ou contrato social, revestindo a medida de caráter excepcional.

No mesmo sentido, conforme a jurisprudência sedimentada de nossos tribunais, diz-se que a dissolução irregular da sociedade caracteriza infração a lei para os fins do estatuto em comento, salvo prova em contrário produzida pelo executado. É dizer, há, na espécie, inversão do ônus da prova, o que somente será afastada após a integração da lide do sócio com poderes de gestão.

É também do entendimento jurisprudencial pacificado no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça que com a alteração do endereço da empresa executada, quando atestada por certidão do Oficial de Justiça, sem a regular comunicação aos órgãos competentes há de se presumir a dissolução irregular.

Há, ainda, que se examinar caso a caso a ocorrência de poderes de gestão do sócio a quem se pretende redirecionar a execução sob pena de lhe imputar responsabilidade objetiva não autorizada por lei, pelo simples fato de integrar o quadro societário. Nesse sentido, é de se espessar a tese no sentido de que para os fins colimados deve-se perquirir se o sócio possuía poderes de gestão, tanto no momento do surgimento do fato gerador, quanto na data da dissolução irregular. Isso porque, se o fato que marca a responsabilidade por presunção é a dissolução irregular não se afigura correto imputá-la a quem não deu causa.

Por fim, faz-se referência, por oportuno, a impossibilidade do redirecionamento da execução pelo simples inadimplemento (Enunciado Sumular n.º 430, do E. STJ: "*O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente*").

No caso em tela, em que pese a informação do oficial de justiça, cuja certidão comprovou que a empresa não exerce suas atividades no endereço indicado, certo é que houve indicação de novo endereço, cuja diligência ainda não foi realizada.

Dessa maneira, não há que se falar em presunção de dissolução irregular, até a ocorrência desta nova diligência, mostrando-se, inviável, ao menos por ora, a responsabilização dos sócios pelas dívidas da empresa executada.

Por ora, os atos expropriatórios em nome das agravantes devem ser suspensos.

Assim, demonstrado o *fumus boni iuris*, verifico a presença do *periculum in mora*, já que, sem a decisão judicial pretendida, a parte agravante sofre o risco de cobrança indevida.

Ante o exposto, **defiro a antecipação da tutela recursal**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz a quo.

Intime-se a agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5032257-70.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILLA DE HELD MENA BARRETO SILVEIRA - SP154087-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILLA DE HELD MENA BARRETO SILVEIRA - SP154087-A

AGRAVADO: DDB BRASIL PUBLICIDADE LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: NATELLY NOBREGA MORAIS MORETE - SP427048

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI e pelo SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL – SENAI visando a reforma da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, deferiu em parte a liminar para autorizar a agravada a excluir, da base de cálculo de contribuições sociais destinadas ao SEBRAE, INCRA, Sistema “S” (SESI, SENAI, SESC, SENAC, SENAT), e FNDE (salário-educação), o montante que exceder o limite de 20 (vinte) vezes o salário mínimo nacional em vigor a cada competência de recolhimento. Houve ainda o indeferimento do pedido da parte agravante de inclusão no polo passivo na condição de assistentes litisconsorciais, reconhecendo a ilegitimidade do SESI e do SENAI.

Alega a parte agravante, em síntese, que deve ser deferida sua intervenção no processo principal na qualidade de assistente litisconsorcial, ou, subsidiariamente, sua intervenção como assistente simples. Por fim, sustenta pela constitucionalidade das contribuições devidas ao SESI e SENAI. Requer seja atribuído efeito suspensivo ativo ao recurso.

É o relatório.

Decido.

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

Não é o caso dos autos.

Quanto à legitimidade do SESI e SENAI, com a edição da Lei n.º 11.457 de 2007, a RFB passou a centralizar a arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições parafiscais destinadas a terceiro, assumindo toda a capacidade tributária ativa que podia ser atribuída às entidades paraestatais e reservando-lhes apenas o produto da arrecadação das prestações (artigos 2º e 3º). Assim, essa alteração retira qualquer legitimidade passiva das instituições.

Já quanto à condição de terceiro interessado – assistente simples ou litisconsorcial - a Lei n.º 12.016/2009 admite apenas a formação de litisconsórcio (artigo 24).

Pelo exposto, não pode a parte agravante ingressar no mandado de segurança como assistente simples ou litisconsorcial, inclusive para efeito de interposição de recurso na condição de terceiro prejudicado.

Posto isto, anote-se que, no tocante ao pedido de limitação do recolhimento das contribuições sociais devidas a terceiros, o art. 4º da Lei n.º 6.950/81, assim dispôs:

Art 4º - O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei n.º 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único - O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros.

Por sua vez, o art. 3º do Decreto-Lei n.º 2.318/86 dispôs:

Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei n.º 6.950, de 4 de novembro de 1981.

Dessa maneira, no que se refere às demais contribuições, fica mantido o limite estabelecido pelo artigo 4º da Lei no 6.950/1981, já que o Decreto-Lei n.º 2.318/1986 destina-se apenas às fontes de custeio da Previdência Social.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 40 DA LEI 6.950/1981 NÃO REVOGADO PELO ART. 30 DO DL 2.318/1986. INAPLICABILIDADE DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Com a entrada em vigor da Lei 6.950/1981, unificou-se a base contributiva das empresas para a Previdência Social e das contribuições parafiscais por conta de terceiros, estabelecendo, em seu art. 40., o limite de 20 salários-mínimos para base de cálculo. Sobreveio o Decreto 2.318/1986, que, em seu art. 30., alterou esse limite da base contributiva apenas para a Previdência Social, restando mantido em relação às contribuições parafiscais.

2. Ou seja, no que diz respeito às demais contribuições com função parafiscal, fica mantido o limite estabelecido pelo artigo 40., da Lei no 6.950/1981, e seu parágrafo, já que o Decreto-Lei 2.318/1986 dispunha apenas sobre fontes de custeio da Previdência Social, não havendo como estender a supressão daquele limite também para a base a ser utilizada para o cálculo da contribuição ao INCRA e ao salário-educação.

3. Sobre o tema, a Primeira Turma desta Corte Superior já se posicionou no sentido de que a base de cálculo das contribuições parafiscais recolhidas por conta de terceiros fica restrita ao limite máximo de 20 salários-mínimos, nos termos do parágrafo único do art. 40. da Lei 6.950/1981, o qual não foi revogado pelo art. 30. do DL 2.318/1986, que disciplina as contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social. Precedente: REsp. 953.742/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJe 10.3.2008.

4. Na hipótese dos autos, não tem aplicação, na fixação da verba honorária, os parâmetros estabelecidos no art. 85 do Código Fux, pois a legislação aplicável para a estipulação dos honorários advocatícios será definida pela data da sentença ou do acórdão que fixou a condenação, devendo ser observada a norma adjetiva vigente no momento de sua publicação.

5. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1570980/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2020, DJe 03/03/2020-grifei)

Nemse argumente com a recente decisão de embargos de declaração no referido precedente (EDcl no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1570980 - SP, Ministro RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 14/09/2020), eis que, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o entendimento ainda é mais explícito, porquanto reconhece que o contribuinte faz jus à limitação a 20 salários mínimos, nos termos do parágrafo único, do art. 4º da Lei 6.950/1981, excluindo unicamente a incidência da contribuição ao SESI e SENAI por ausência de pedido formulado pelas partes.

Vejamos:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. OBSCURIDADE VERIFICADA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDAS AO SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA, DPC E FAER. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS, NOS TERMOS DO ART. 40. DA LEI 6.950/1981. JULGAMENTO ULTRA PETITA CARACTERIZADO EM RELAÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES AO SESI E SENAI. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL-SENAI E OUTRO ACOLHIDOS APENAS PARA, EM INTEGRAÇÃO À DECISÃO VERGASTADA, RECONHECER QUE, NOS TERMOS DO PEDIDO INICIAL, A CONTRIBUINTE FAZ JUS À LIMITAÇÃO A 20 SALÁRIOS MÍNIMOS RESTRITA ÀS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS AO SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA, DPC E FAER.

(...)

3. Em relação às contribuições ao SESI e SENAI, houve expressa referência, na petição inicial, de que não se pretendeu limitá-las, tanto que foram regularmente recolhidas e não impugnadas pela empresa. 4. Segundo a dicção dos arts. 128 e 460 do CPC/1973, vigente à época da propositura da presente ação, o juiz só pode decidir a lide nos limites em que proposta, sendo-lhe vedado julgar além, aquém ou fora do pedido do autor. 5. Sendo assim, ocorrendo julgamento para além do pedido (ultra petita), para que haja a readequação ao princípio da congruência, o comando deve ser reduzido, até mesmo de ofício, ao âmbito do pedido formulado pelas partes. 6. Logo, nos termos do pedido inicial, reconhece-se que a Contribuinte faz jus à limitação a 20 salários mínimos restrita às contribuições devidas ao salário-educação, INCRA, DPC e FAer, nos termos do parág. único, do art. 40. da Lei 6.950/1981, haja vista que a postulação não abrange as contribuições ao SESI e SENAI. 7. Embargos de Declaração do SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL-SENAI E OUTRO acolhidos, a fim de reconhecer que a Contribuinte faz jus à limitação a 20 salários mínimos restrita às contribuições devidas ao salário-educação, INCRA, DPC e FAer, nos termos do parág. único, do art. 40. da Lei 6.950/1981.

Logo, o artigo 4º da Lei nº 6.950/81 permanece vigente para a apuração das contribuições destinadas a terceiros/parafiscais.

Assim, em sede de exame sumário, inexistente o *fumus boni iuris* necessário ao provimento liminar, nos termos em que requerido.

Ausente o *fumus boni iuris*, dispensa-se a análise do *periculum in mora*.

Ante o exposto, **inde firo o efeito suspensivo ativo**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz a quo.

Intime-se a parte agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5024482-08.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ABCLASSOCIACAO BENEFICIENTE CULTURAL LUBAVITCH, ABCLASSOCIACAO BENEFICIENTE CULTURAL LUBAVITCH, ABCLASSOCIACAO BENEFICIENTE CULTURAL LUBAVITCH, ABCLASSOCIACAO BENEFICIENTE CULTURAL LUBAVITCH

Advogados do(a) APELADO: GUILHERME GREGORI TORRES - SP400617-A, CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A, SAMARA CIGLIONI TAVARES - SP441675-A

Advogados do(a) APELADO: DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A, CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A, SAMARA CIGLIONI TAVARES - SP441675-A

Advogados do(a) APELADO: DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A, CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A, SAMARA CIGLIONI TAVARES - SP441675-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Recebo a apelação (Id.146722195) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que concedeu a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0016013-97.2014.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COLLECTANIA MOVEIS E OBJETOS DE ARTE LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO NOGUEIRA DOURADO - SP267085

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0016013-97.2014.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COLLECTANIA MOVEIS E OBJETOS DE ARTE LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO NOGUEIRA DOURADO - SP267085

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial e apelação interposta pela **União** contra sentença que julgou procedente o pedido de não recolhimento do IPI sobre operação de revenda no mercado interno de mercadoria importada não submetida a novo processo de industrialização, bem como fixou os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação (Id 123081565, p. 55/58).

Aduz, em síntese, que (Id 123072129, p. 03/19):

a) a Constituição Federal elegeu como aspecto material do IPI o produto industrializado (artigo 153, inciso IV) e o CTN o definiu, em linhas gerais (artigo 46), como aquele resultante de uma operação anterior que modificou a sua natureza ou a sua finalidade ou o aperfeiçoou para o consumo;

b) a saída do produto industrializado do estabelecimento importador, industrial, comercial ou arrematante é hipótese de incidência do IPI, nos termos dos artigos 46, inciso II, e 51, parágrafo único, do CTN;

c) o artigo 4º da Lei nº 4.502/64 equiparou ao estabelecimento industrial os importadores de produtos de procedência estrangeira, bem como as filiais e demais estabelecimentos que exercerem o comércio de produtos importados, industrializados ou mandados industrializar por outro estabelecimento do mesmo contribuinte;

d) o importador, ao promover o desembaraço aduaneiro de um produto industrializado, realiza a hipótese de incidência do IPI previsto no inciso I do artigo 46 do CTN, razão pela qual surge para ele a obrigação de pagar o tributo na qualidade de contribuinte importador (artigo 51, inciso I). Contudo, se, após essa atividade, ele realizar outra que acarrete a saída daquele mesmo produto industrializado de seu estabelecimento, haverá a ocorrência de outro fato gerador do IPI (inciso II do artigo 46 do CTN), na condição de equiparado a industrial (artigo 51, inciso II, do CTN), conforme disposição contida nos artigos 4º, inciso I, e 35, inciso I, alínea a, da Lei nº 4.502/64;

e) de acordo com o artigo 153, inciso IV, da CF, não há a imposição de que o legislador infraconstitucional vincule a cobrança do IPI à realização de uma atividade industrial pelo contribuinte, de modo que o imposto pode incidir sobre atividades que envolvam, de qualquer forma, produtos industrializados, não ficando restrita à operação de industrialização propriamente dita;

f) a operação de industrialização é antecedente da incidência do tributo, pois define a existência do produto industrializado, o aspecto material sobre o qual incide, o objeto da tributação, e não a operação que assim o qualifica;

g) inexistente qualquer violação ao princípio da isonomia pela cobrança do IPI na saída do produto importado, pois essa exigência busca justamente equalizar a carga tributária incidente;

h) a desoneração do importador do pagamento do IPI quando o produto importado deixa seu estabelecimento com destino ao mercado nacional implica conferir grande vantagem em detrimento do nacional, o que contraria o princípio da isonomia e põe em xeque a extrafiscalidade do imposto.

Em contramãos (Id 123072129, p. 41/47), o apelado requer o desprovemento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0016013-97.2014.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COLLECTANIA MOVEIS E OBJETOS DE ARTE LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO NOGUEIRA DOURADO - SP267085

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I - Dos fatos

Ação proposta por **Collectania Móveis e Objetos de Arte Ltda.** contra a União, com vista ao afastamento da cobrança do IPI sobre a revenda de mercadorias importadas.

II – Da aplicação da lei processual

Inicialmente, ressalta-se que sentença recorrida foi proferida em 02.02.2016 (Id 123081565, p. 58), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973 (Enunciado Administrativo nº 01/2016, do STJ).

III – Da suspensão do feito

Não obstante o sobrestamento do EREsp nº 1403532 (tema 912), referente à legalidade da cobrança do IPI na venda de produto importado ao consumidor final no mercado interno, até a publicação da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal do tema nº 906/STF, não há determinação de suspensão nacional dos feitos, na forma do artigo 1.037, inciso II, do CPC.

IV - Da incidência do IPI

O imposto sobre produtos industrializados – IPI está previsto no artigo 153, inciso IV, da Constituição, que assim dispõe:

Art. 153 – Compete a União instituir impostos sobre:

(...)

Por sua vez, coube ao Código Tributário Nacional, na forma do artigo 146, inciso III, alíneas “a” e “b”, da CF, estabelecer a hipótese de incidência do tributo, bem como os elementos que a constituem, com destaque aqui para o contribuinte do imposto:

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Art. 51. Contribuinte do imposto é:

I - o importador ou quem a lei a ele equiparar;

II - o industrial ou quem a lei a ele equiparar;

III - o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;

IV - o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante.

Ainda sobre o tema os artigos 4º e 35 da Lei n.º 4.502/64:

Art. 4º Equiparam-se a estabelecimento produtor, para todos os efeitos desta Lei:

I - os importadores e os arrematantes de produtos de procedência estrangeira;

II - as filiais e demais estabelecimentos que exercem o comércio de produtos importados, industrializados ou mandados industrializar por outro estabelecimento do mesmo contribuinte;

III - os que enviarem a estabelecimento de terceiro, matéria-prima, produto intermediário, embalagens e recipientes para acondicionamento, moldes, matrizes ou modelos destinados à industrialização de produtos de seu comércio.

IV - os que efetuem vendas por atacado de matérias-primas, produtos intermediários, embalagens, equipamentos e outros bens de produção.

Art. 35. São obrigados ao pagamento do imposto

I - como contribuinte originário:

a) o produtor, inclusive os que lhe são equiparados pelo art. 4º - com relação aos produtos tributados que real ou ficticiamente, saírem de seu estabelecimento observadas as exceções previstas nas alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 5º.

b) o importador e o arrematante de produtos de procedência estrangeira - com relação aos produtos tributados que importarem ou arrematarem. [destaque!].

A questão posta nestes autos cinge-se à legalidade da incidência do IPI sobre as operações de revenda de produtos importados.

IV a) Da análise infraconstitucional

No âmbito da análise da legislação infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.403.532/SC, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que a operação de saída (revenda) dos produtos importados está sujeita à incidência do tributo, ainda que não tenham passado por qualquer processo de industrialização no Brasil, *verbis*:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9º, I E 35, II, DO RIP/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador - seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. n.º 1.411.749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.

5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

6. Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

IV b) Da análise constitucional

No plano constitucional, a questão refere-se à eventual violação ao princípio da isonomia (artigos 5º, *caput*, e 150, inciso II, da CF) em razão da incidência de IPI no momento do desembaraço aduaneiro de produto industrializado, assim como na sua saída do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno.

O princípio da isonomia invocado pela apelante como fundamento para o afastamento do IPI tem como escopo impedir que haja diferenciação tributária entre contribuintes que estejam em situação equivalente. Afirma, portanto, que a exigência do imposto na operação de revenda de produto importado implica tratamento desigual àquele concedido aos comerciantes que adquirem mercadorias de fornecedores nacionais.

O IPI, diferentemente do alegado pelo contribuinte, incide em operações sucessivas e alcança da mesma forma o produto nacional na entrada dos insumos industrializados e na saída da mercadoria do estabelecimento. Contudo, em razão da aplicação da regra da não cumulatividade (artigo 153, § 3º, inciso II, da CF), que visa impedir a múltipla tributação, ambos – importador e produtor nacional – podem aproveitar o imposto pago em operações anteriores, compensando-o com aquele devido em momento posterior. No caso, o imposto pago na saída do produto importado (revenda) poderá ser abatido com aquele pago na entrada (desembaraço aduaneiro), tal como estabelecido no artigo 226 do Decreto nº 7.212/10, de maneira que não há que se falar em bitributação (*bis in idem*).

Destaca-se, ainda, o caráter extrafiscal do IPI. A extrafiscalidade é um dos instrumentos de política econômico-fiscal utilizados pelo Estado na efetivação de objetivos constitucionais, como aqueles previstos nos artigos 1º e 3º da CF, a partir de alterações na carga tributária e, por consequência, no comportamento social dos indivíduos. Especificamente no caso do IPI, a intervenção estatal é justificada com o objetivo de estimular o crescimento e proteger a indústria nacional. Desse modo, a desoneração do importador na operação de revenda do produto importado lhe conferiria vantagem que contrariaria a isonomia tributária e a função extrafiscal do imposto. Nesse sentido é a jurisprudência desta corte: *ApReeNec 0011213-89.2015.4.03.6100, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 21.02.2020, Intimação via sistema em 02.03.2020; AC 5010668-89.2019.4.03.6100, Sexta Turma, Rel. Des. Fed. Johnson Di Salvo, j. 25.01.2020, e - DJF3 Judicial 1 data de 05.02.2020; AC 3001219-63.2017.4.03.6105, Sexta Turma, Rel. Juíza Fed. Conv. Leila Paiva Morrison, j. 24.01.2020, Intimação via sistema em 31.01.2020 e AC 0006334-58.2015.4.03.6126, Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva, j. 26.09.2019, e - DJF3 Judicial 1 de 24.10.2019.*

Confira-se, ainda, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 946.648 (tema 906), representativo da controvérsia, *verbis*:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. BENS IMPORTADOS. INCIDÊNCIA NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO E NA SAÍDA DO ESTABELECIAMENTO IMPORTADOR PARA COMERCIALIZAÇÃO NO MERCADO INTERNO. CONSTITUCIONALIDADE.

1. *A sistemática legal de tributação dos bens importados pelo imposto sobre produtos industrializado – IPI é compatível com a Constituição.*

2. *Recurso Extraordinário a que se nega provimento, com a fixação da seguinte tese de julgamento para o Tema 906 da repercussão geral: "É constitucional a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI no desembaraço aduaneiro de bem industrializado e na saída do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno".*

(*Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJe 16.11.2020, destaquei*).

Assim, reconhecida a legalidade do recolhimento do IPI na revenda de produtos importados, é de rigor a reforma da sentença.

V – Dos honorários advocatícios

Por fim, devido à reforma da sentença, é de rigor a reversão da sucumbência, para condenar o apelado ao pagamento dos honorários advocatícios. Assim, considerados o trabalho realizado, o valor dado à ação (R\$ 50.000,00), a natureza da causa, bem como bem como a regra do *tempus regit actum*, aplicável ao caso concreto e o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, fixo verba honorária em R\$ 600,00, pois propicia remuneração adequada e justa ao profissional, bem como superior a 1% (um por cento do valor da causa), consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça (*REsp 1260297/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 15.09.2011, DJe 19.09.2011 e AgRg no Ag 1371065/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. 25.10.2011, DJe 28.10.2011*).

VI - Do dispositivo

Ante o exposto, dou provimento à remessa oficial e à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, bem como para condenar o apelado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 600,00, nos termos do artigo 20, §4º, do CPC/73.

É como voto.

E M E N T A

TRIBUTÁRIO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. INCIDÊNCIA NA SAÍDA DO PRODUTO IMPORTADO DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR. CONSTITUCIONALIDADE. REEXAME E RECURSO PROVIDOS.

- A sentença recorrida foi proferida em antes da vigência da Lei n.º 13.105/2015 (NCPC), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973 (Enunciado Administrativo n.º 01/2016, do STJ).

- Não obstante o sobrestamento do EREsp n.º 1403532 (tema 912), referente à legalidade da cobrança do IPI na venda de produto importado ao consumidor final no mercado interno, até a publicação da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal do tema n.º 906/STF, não há determinação de suspensão nacional dos feitos, na forma do artigo 1.037, inciso II, do CPC.

- A questão referente a não incidência de IPI sobre as operações de revenda de produtos importados foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n.º 1.403.532/SC, representativo da controvérsia, ao entendimento de que a operação de saída (revenda) dos produtos importados está sujeita à incidência do tributo, ainda que não tenham passado por qualquer processo de industrialização no Brasil.

- O IPI incide em operações sucessivas e alcança da mesma forma o produto nacional, na entrada dos insumos industrializados e na saída da mercadoria do estabelecimento. Contudo, em razão da aplicação da regra da não cumulatividade (artigo 153, §3º, inciso II, da CF), que visa impedir a múltipla tributação, ambos – importador e produtor nacional - podem aproveitar o imposto pago em operações anteriores, compensando-o com aquele devido em momento posterior.

- Em relação ao produto importado o imposto pago na saída (revenda) poderá ser abatido com aquele pago na entrada (desembaraço aduaneiro), tal como estabelecido no artigo 226 do Decreto nº 7.212/10.

- A extrafiscalidade é um dos instrumentos de política econômico-fiscal utilizados pelo Estado na efetivação de objetivos constitucionais, como aqueles previstos nos artigos 1º e 3º da CF, a partir de alterações na carga tributária e, por consequência, no comportamento social dos indivíduos. Especificamente no caso do IPI, a intervenção estatal é justificada como objetivo de estimular o crescimento e proteger a indústria nacional.

- A desoneração do importador na operação de revenda do produto importado lhe conferiria vantagem que contrariaria a isonomia tributária e a função extrafiscal do imposto. Precedentes desta Corte.

- Remessa oficial e apelação providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à remessa oficial e à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, bem como para condenar o apelado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 600,00, nos termos do artigo 20, §4º, do CPC/73, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011969-71.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: ECOLE SERVICOS MEDICOS LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: JOAO CARLOS ZANON - SP163266-A

APELADO: ANS AGENCIANACIONALDE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id.136613407) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5010429-18.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

REQUERENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) REQUERENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

REQUERIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5010429-18.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

REQUERENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) REQUERENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

REQUERIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo interposto por **Nestlé do Brasil Ltda.** contra decisão que indeferiu a atribuição de efeito suspensivo à apelação interposta nos autos dos embargos à execução n.º 5016475-38.2019.40.036182 (Id 134799930).

Aduz a agravante, em suma (Id 137406307), que:

a) realiza atividade essencial para sociedade, uma vez que se trata de empresa fabricante de produtos alimentícios, responsável pela sua introdução nos supermercados e distribuidoras que, no momento atual, tem sofrido com a pandemia da COVID-19, em razão da onerosidade dos insumos necessários para fabricação de produtos, bem como a manutenção de seus empregados;

b) é relevante a fundamentação, pois a não concessão de efeito suspensivo ao recurso poderá ocasionar o prosseguimento da execução, o levantamento de valores indevidos ou mesmo eventual bloqueio de contas, o que gerará dano irreparável ou de difícil reparação, notadamente ante a possibilidade de prosseguimento da ação executiva e liberação do valor assegurado por apólice;

c) não há risco de dano ou prejuízo ao órgão agravado caso a apelação seja recebida com efeito suspensivo, o que, por si só, justifica o deferimento do pleito.

Em manifestação (Id 140392924), o INMETRO requereu o desprovisionamento do agravo.

É o relatório.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5010429-18.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

REQUERENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) REQUERENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

REQUERIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Será julgada nesta mesma sessão a apelação interposta no processo n.º 5016475-38.2019.4.03.0000, em relação à qual se pretendia a concessão de efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.012, § 3º, do CPC. Nesse contexto, deve ser reconhecida a perda de objeto do presente pedido.

À vista do exposto, declaro prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo, nos termos do artigo 932, inciso III, do CPC, ante a superveniente perda do objeto.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. RECURSO JULGADO. PERDA DE INTERESSE PROCESSUAL. RECURSO PREJUDICADO.

- Será julgada nessa mesma sessão a apelação a apelação, em relação à qual se pretendia a concessão de efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.012, § 3º, do CPC. Nesse contexto, deve ser reconhecida a perda de objeto do presente pedido.

- Agravo prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu declarar prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo, nos termos do artigo 932, inciso III, do CPC, ante a superveniente perda do objeto, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033426-92.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: PRADO & FERREIRA COMERCIO DE VEICULOS LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: JAQUELINE CRISTOFOLLI - SP268074-A

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

À vista de certidão id.149555896, intime-se a agravante para que proceda à regularização, nos termos da Resolução nº 138 (Tabela de custas), de 06 de julho de 2017, da Presidência desta corte, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

Publique-se.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007005-69.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: ACACIO DE SOUSA VENANCIO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: BRUNDA SILVA KUSUMOTO - SP316076-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5007005-69.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: ACACIO DE SOUSA VENANCIO
JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 8ª VARA FEDERAL CÍVEL

Advogado do(a) PARTE AUTORA: BRUNDA SILVA KUSUMOTO - SP316076-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por ACACIO DE SOUSA VENANCIO, em face de ato praticado pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT, objetivando provimento jurisdicional que determine a expedição de Certidão Positiva de Débito com Efeito de Negativa – CPD-EN.

Narra o impetrante, que devido às dificuldades financeiras, teve débitos não inscritos em dívida ativa, requerendo a adesão no Programa Especial de Regularização Tributária – PERT com base na Lei 13.496/2017 através do recibo nº 08994285189915271210 em 13/09/2017.

Afirma que efetuou a quitação dos 7,5% do valor da dívida consolidada, sem reduções, em 05 parcelas mensais e sucessivas, sendo o restante parcelado em até 145 parcelas mensais e sucessivas, vencíveis a partir de janeiro de 2018.

Todavia, até o momento não houve a consolidação do parcelamento por uma insuficiência de mão de obra, permanecendo, assim, como devedor na Receita Federal

Medida liminar parcialmente deferida (ID 33703792).

Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou informações (ID 33703811/33703849).

O Ministério Público Federal na primeira instância, manifestou-se pelo prosseguimento do feito, aduzindo a inexistência de interesse a justificar sua manifestação quanto ao mérito da lide (ID 33703832).

Por meio da sentença, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança pleiteada. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário (ID 33703895).

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer, opinou pelo desprovisionamento da remessa necessária (ID 50357791).

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5007005-69.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: ACACIO DE SOUSA VENANCIO
JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 8ª VARA FEDERAL CÍVEL

Advogado do(a) PARTE AUTORA: BRUNDA SILVA KUSUMOTO - SP316076-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O artigo 5º, inciso XXXIV, letra "b", da Constituição Federal, assegura o direito público subjetivo à expedição de certidões por qualquer pessoa que delas necessite para a defesa de direitos ou o esclarecimento de situações.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional dispõe sobre a certidão de Regularidade Fiscal da seguinte forma:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de dez dias da data da entrada do requerimento na repartição.

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

A Certidão Negativa de Débitos (CND) somente pode ser expedida se não existir nenhum crédito tributário vencido e não pago. A Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa (CPDEN), porém, pode ser expedida em duas situações: 1) existência de crédito objeto de execução fiscal em que já tenha sido efetivada penhora ou 2) suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nas hipóteses arroladas no art. 151 do CTN.

O artigo 151, do Código Tributário Nacional trata das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a saber:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

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

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

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

In casu, resta comprovado que o impetrante aderiu ao PERT e que referido parcelamento não foi consolidado pela ausência de sistema apto a proceder a efetivação dos débitos, por conta das peculiaridades desse parcelamento, nos termos das informações prestadas pelo impetrado.

E ainda, consta informação de que inexistia óbice à emissão de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, pois o impetrante está recolhendo pontualmente as parcelas do PERT.

Como bem asseverado pelo juízo de piso "(...) A Administração Pública, ao oferecer um programa de parcelamento especial ao contribuinte deve, no mínimo, possuir toda a estrutura para funcionamento desse programa. A ausência de sistema e a ausência de datas disponíveis para agendamento a fim de solicitar a emissão de certidão fiscal apontam que a desídia da Administração no trato com os contribuintes (...)".

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA. PARCELAMENTO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. O direito à obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa está previsto no artigo 206, do CTN, pressupondo a suspensão da exigibilidade do crédito, seja pela penhora nos autos da própria execução, seja pela presença de qualquer das causas de suspensão previstas no artigo 151, do mesmo diploma legal.

2. *In casu*, resta comprovado que o impetrante aderiu ao PERT e que referido parcelamento não foi consolidado pela ausência de sistema apto a proceder a efetivação dos débitos, por conta das peculiaridades desse parcelamento, nos termos das informações prestadas pelo impetrado.

3. Consta a informação de que inexistia óbice à emissão de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, pois o impetrante está recolhendo pontualmente as parcelas do PERT.

4. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: KIVIKS MARKNAD INDUSTRIAS ALIMENTICIAS S.A.

Advogado do(a) APELANTE: ADEMIR GILLI JUNIOR - SC20741-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000833-56.2020.4.03.6128

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: KIVIKS MARKNAD INDUSTRIAS ALIMENTICIAS S.A.

Advogado do(a) APELANTE: ADEMIR GILLI JUNIOR - SC20741-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por HERO DO BRASIL S.A. (id 135332745) contra sentença que, em sede de mandado de segurança impetrado com objetivo de obter a ordem para exclusão do PIS/COFINS das próprias bases de cálculo, denegou a ordem (ID 135332734). Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (id 135332740).

Sustenta a empresa, em síntese, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da cobrança do PIS e da COFINS sobre o ICMS também se aplica às próprias contribuições, uma vez que se entende que não pode ser considerado como faturamento para fins de compor as suas respectivas bases de cálculo.

Contrarrazões apresentadas (Id 135332750).

Manifestação do Ministério Público Federal no sentido de que seja dado regular prosseguimento ao feito (Id 136122494).

É o relatório.

A Excelentíssima Desembargadora Federal

MARLI FERREIRA:

Peço vênia ao e. Relator para divergir.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, *verbis*:

“EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.”

(RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010)

"Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas nºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.
2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.
3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).
4. Agravo regimental não provido."

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS.

1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.
2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.
3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: 'XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos'.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

(...)

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)"

(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser mantida a r. sentença que denegou a ordem e manteve a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000833-56.2020.4.03.6128

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: KIVIKS MARKNAD INDUSTRIAS ALIMENTICIAS S.A.

Advogado do(a) APELANTE: ADEMIR GILLI JUNIOR - SC20741-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerá essa incidência de numerários que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativos a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excessência cobrar tributo de quem recolhe tributo.

- Do entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, uma vez que, ao contrário do que acontece com as contribuições ao PIS e a COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

- Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 11.03.2020. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

- Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à **pessoa jurídica**, a questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, considerado o período quinquenal a ser compensado, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem no presente remédio constitucional.

- Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO. TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
 2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
 3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
 4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
 5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
 6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
 7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
 8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
 9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).
 10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
 11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
 12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
 13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: " Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).
 15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).
- (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)
16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos p (a parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
 17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o eSocial (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

- Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial nº 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º; DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **dou provimento à apelação** para reformar a sentença e conceder a segurança para reconhecer o direito de a impetrante proceder à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como de proceder à compensação dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No que atine à questão acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

2. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a "base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente", daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo "por dentro".

3. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.

4. Em igual andar esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

5. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava provimento à apelação para reformar a sentença e conceder a segurança para reconhecer o direito de a impetrante proceder à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como de proceder à compensação dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas. Lavrará acórdão a Des. Fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5017181-18.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: LUIZ CARLOS DE SOUZA

Advogados do(a) APELANTE: MARCO ANTONIO BARBOSA DE OLIVEIRA - SP250484-N, DIEGO CARNEIRO TEIXEIRA - SP310806-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5017181-18.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: LUIZ CARLOS DE SOUZA

Advogados do(a) APELANTE: MARCO ANTONIO BARBOSA DE OLIVEIRA - SP250484-N, DIEGO CARNEIRO TEIXEIRA - SP310806-N

APELADO: CHEFE DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL CEAB RECONHECIMENTO DE DIREITO DA SRI, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

RELATÓRIO

A Exma. Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Cuida-se de apelação interposta por Luiz Carlos de Souza em face de sentença que julgou extinto o presente *mandamus*, por ausência de interesse de agir, nos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei n.º 12.016/2009 e artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Alega a impetrante/apelante, em suma, que em 08/11/2019 apresentou pedido de concessão de benefício previdenciário, de modo que, nos termos do artigo 49 da Lei nº 9.784/99, a autarquia previdenciária teria até o dia 08/12/2019, para dar resposta ao pleito administrativo, sendo certo, porém, que até a data da presente impetração, em 12/12/2019, não havia sido analisado.

Aduz que não deve prosperar a sentença recorrida, que julgou extinto o feito, sem apreciação do mérito, considerando que a autarquia previdenciária somente apreciou o seu pedido após ter sido intimada à prestar informações.

Altera a existência, nos autos, de prova matéria pré-constituída que comprova que ré somente forneceu as informações após tomar ciência da presente ação.

Requer, assim, a reforma do provimento recorrida, para o fim de que seja concedida a segurança "em razão da análise do pleito administrativo ter sido realizada somente após a ciência da Ré do presente *mandamus*."

Manifestação ministerial, pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5017181-18.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: LUIZ CARLOS DE SOUZA

Advogados do(a) APELANTE: MARCO ANTONIO BARBOSA DE OLIVEIRA - SP250484-N, DIEGO CARNEIRO TEIXEIRA - SP310806-N

APELADO: CHEFE DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL CEAB RECONHECIMENTO DE DIREITO DA SRI, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

VOTO

O presente *mandamus* foi impetrado com o objetivo de compelir a autoridade impetrada a analisar pleito administrativo formulado pela impetrante, consubstanciado em pedido de concessão de benefício previdenciário, apresentado em 08/11/2019 e não apreciado até a data da presente impetração, em 12/12/2019.

Aquilatando a matéria, o Juízo *a quo* houve por bem julgar extinta a presente ação, por falta de interesse de agir, considerando a análise do procedimento administrativo pela autarquia previdenciária, antes da prolação da sentença.

Nesse contexto, tenho que a apelação não comporta conhecimento.

Conforme alhures mencionado, a autoridade impetrada, antes mesmo da prolação da sentença já havia analisado o pleito administrativo formulado pela impetrante. E, em que pese a análise ter sido realizada após o ajuizamento desta ação, não se pode afirmar que tal procedimento se deu em razão da presente impetração, mesmo porque não houve concessão de liminar nestes autos.

Fato, porém, que o pedido administrativo formulado pelo impetrante já foi, ainda que a destempe, devidamente analisado, mostrando-se desnecessária a interposição do presente recurso, mesmo porque eventual provimento do mesmo nenhuma utilidade lhe traria. Ausência dos pressupostos recursal necessidade e utilidade.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso interposto, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. FALTA DE UTILIDADE PRÁTICA. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO.

1. *Mandamus* impetrado como objetivo de compelir a autoridade impetrada a analisar pleito administrativo formulado pela impetrante, consubstanciado em pedido de concessão de benefício previdenciário, apresentado em 08/11/2019 e não apreciado até a data da presente impetração, em 12/12/2019.
2. Aquilatando a matéria, o Juízo *a quo* houve por bem julgar extinta a presente ação, por falta de interesse de agir, considerando a análise do procedimento administrativo pela autarquia previdenciária, antes da prolação da sentença.
3. Conforme alhures mencionado, a autoridade impetrada, antes mesmo da prolação da sentença já havia analisado o pleito administrativo formulado pela impetrante. E, em que pese a análise ter sido realizada após o ajuizamento desta ação, não se pode afirmar que tal procedimento se deu em razão da presente impetração, mesmo porque não houve concessão de liminar nos autos.
4. Fato, porém, que o pedido administrativo formulado pelo impetrante já foi, ainda que a destempe, devidamente analisado, evidenciando a manifesta ausência de interesse recursal do impetrante, mostrando-se desnecessária a interposição do presente recurso, na medida em que eventual provimento do mesmo nenhuma utilidade lhe traria. Ausência dos pressupostos recursal necessidade e utilidade.
5. Apelação não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu afastar questão de ordem de aplicação do art. 10 do CPC, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votou a Des. Fed. MÔNICA NOBRE. Vencido o Des. Fed. MARCELO SARAIVA, que suscitou a questão de ordem para que fosse dada às partes oportunidade de se manifestar. E, à unanimidade, decidiu não conhecer do recurso interposto, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE e MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5016230-79.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: QUALITY TRANSPORTES E ENTREGAS RAPIDAS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELANTE: UBALDO JUVENIZ DOS SANTOS JUNIOR - SP160493-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5016230-79.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: QUALITY TRANSPORTES E ENTREGAS RÁPIDAS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELANTE: UBALDO JUVENIZ DOS SANTOS JUNIOR - SP160493-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto por Quality Transportes e Entregas Rápidas Ltda - EPP (id 133843165) contra a sentença que, em sede de mandado de segurança no qual se buscava a declaração da inexigibilidade do recolhimento dos valores de PIS e COFINS sobre suas próprias bases de cálculo, além do direito à compensação do montante recolhido a tal título nos últimos 5 anos, denegou a ordem. Sem honorários advocatícios (id 133843160).

Alega a apelante, em síntese, que:

a) se faturar é obter receita bruta, delimitada como o total dos valores recebidos pela empresa resultantes da venda de mercadorias ou serviço, tal conceito não abrange tributos que serão repassados aos respectivos sujeitos ativos da relação jurídico-tributária. Nesse sentido foi o entendimento exarado pelo STF nos autos do RE 574.706/PR, que corretamente entendeu pela excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS;

b) recomenda-se a aplicação ao caso das regras de hermenêutica jurídica segundo as quais: *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir);

c) não pode o legislador afastar-se do conceito estabelecido pelo Direito Comercial para denominar, por ficção, faturamento aquilo que não o é (art. 110 do CTN).

Pede a reforma do julgado.

Com contrarrazões (id 133843173)

O MPF manifestou-se no sentido do prosseguimento do feito (id 134704240).

É o relatório.

A Excelentíssima Desembargadora Federal

MARLI FERREIRA:

Peço vênia ao e. Relator para divergir.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, *verbis*:

"EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória."

(RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010)

"Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas n.ºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.
2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.
3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).
4. Agravo regimental não provido."

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS.

1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.
2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.
3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: 'XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos'.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

(...)

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)"

(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser mantida a r. sentença que denegou a ordem e manteve a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5016230-79.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: QUALITY TRANSPORTES E ENTREGAS RAPIDAS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELANTE: UBALDO JUVENIZ DOS SANTOS JUNIOR - SP160493-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo o apelo e passo ao julgamento.

Pretende-se no presente *mandamus* o reconhecimento do direito à exclusão do PIS e da COFINS de suas próprias bases de apuração, bem como à compensação dos valores recolhidos indevidamente. O Juízo *a quo* denegou a ordem.

Assiste razão ao apelante.

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (registre-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência numerários que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade admite-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativas a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, desconsidera-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excrecência cobrar tributo de quem recolhe tributo.

- Entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, porque, ao contrário do que ocorre com as contribuições ao PIS e à COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: *"válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005"*.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **setembro de 2019**. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à pessoa jurídica, a questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, considerado o período quinquenal a ser compensado, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem no presente remédio constitucional.

Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constitui pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: " Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei n.º 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei n.º 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Siguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pela sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em **2019**, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsp 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **dou provimento ao apelo interposto**, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido e, assim, determinar a exclusão do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como reconhecer o direito à compensação do montante recolhido a maior, nos termos explicitados. Sem honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei n.º 12.016/09. Custas *ex lege*.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No que atine à questão acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.
2. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.
3. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.
4. Em igual andar esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 15/01/2020.
5. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava provimento ao apelo interposto, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido e, assim, determinar a exclusão do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como reconhecer o direito à compensação do montante recolhido a maior, nos termos explicitados, sem honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei n.º 12.016/09, custas ex lege. Lavrará acórdão a Des. fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002749-25.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: FINCH BRASIL SOLUCOES INTEGRADAS DE TECNOLOGIA LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002749-25.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: FINCH BRASIL SOLUCOES INTEGRADAS DE TECNOLOGIA LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

APELADO: ILUSTRÍSSIMO DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BAURU-SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por FINCH BRASIL SOLUÇÕES INTEGRADAS DE TECNOLOGIA LTDA e suas filiais (id 135894377) contra sentença que, em sede de mandado de segurança impetrado com objetivo de obter a ordem para exclusão do PIS/COFINS das próprias bases de cálculo, denegou a ordem (ID 135894370).

Sustenta a empresa, preliminarmente, que as filiais devem ser mantidas no polo passivo do feito, pois embora a capacidade postulatória seja da matriz, posto que cabe à delegacia da Receita Federal fazer a fiscalização desses recolhimentos na localização da matriz, ela o faz representando também suas filiais, que devem constar qualificadas na exordial. Quanto ao mérito, aduz, em síntese, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da cobrança do PIS e da COFINS sobre o ICMS também se aplica às próprias contribuições, uma vez que se entende que não pode ser considerado como faturamento para fins de compor as suas respectivas bases de cálculo.

Contramizações apresentadas (Id 1359894382).

Manifestação do Ministério Público Federal no sentido de que seja dado regular prosseguimento ao feito (Id 136352020).

Memoriais da apelante (ID 146157548).

É o relatório.

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Excelentíssima Desembargadora Federal MARLI FERREIRA:

Quanto à preliminar arguida, acompanho o e. Relator.

No entanto, quanto ao mérito, peço vênia à Sua Excelência para divergir.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, *verbis*:

“EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.”

(RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010)

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas nºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

- 1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.*
- 2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.*
- 3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).*
- 4. Agravo regimental não provido.”*

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS.

- 1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.*
- 2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.*
- 3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”*

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: ‘XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos’.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

(...)

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)"

(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser mantida a r. sentença, que julgou improcedente o pedido e denegou a ordem pleiteada, mantendo a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se, sobre o tema, o entendimento em vigor do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002749-25.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: FINCH BRASIL SOLUCOES INTEGRADAS DE TECNOLOGIA LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

APELADO: ILUSTRÍSSIMO DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BAURU-SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

- Da ilegitimidade passiva das filiais

Inicialmente, cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça reconhece tão somente a legitimidade da matriz para, em nome da pessoa jurídica, impetrar mandado de segurança "na sistemática de tributação do PIS (art. 5º da Lei 10.637/2002) e da COFINS (art. 4º da Lei 10.833/2003), cuja base de cálculo é global, resultante da receita bruta ou faturamento total da pessoa jurídica." Para o referido tribunal, não tem cabimento, neste âmbito, o princípio da autonomia dos estabelecimentos, *verbis*:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE ATIVA - DISCUSSÃO SOBRE BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS, COM INCLUSÃO DO ICMS - IMPETRAÇÃO PELA FILIAL DA PESSOA JURÍDICA - AUTONOMIA DE CADA ESTABELECIMENTO - INEXISTÊNCIA.

1. A cobrança do PIS/COFINS, cujo fato gerador é o faturamento da pessoa jurídica, obedece à sistemática da concentração de todos os estabelecimentos que formam a unidade da empresa, para estabelecer-se a base de cálculo.

2. A discussão sobre a base de cálculo do tributo, pago globalmente, para saber se incide ou não o ICMS, não pode ser feita, judicialmente pelo estabelecimento filial, por falta de legitimidade ativa.

3. O princípio da autonomia dos estabelecimentos para fins fiscais visa oportunizar a técnica da não-cumulatividade, o que fica na dependência de previsão legal, incorrente na sistemática de tributação do PIS (art. 5º da Lei 10.637/2002) e da COFINS (art. 4º da Lei 10.833/2003), cuja base de cálculo é global, resultante da receita bruta ou faturamento total da pessoa jurídica.

4. Reconhecendo-se a só legitimidade da matriz para, em nome da pessoa jurídica, impetrar mandado de segurança, observar-se-á o foro do seu domicílio (art. 127 CTN)

5. Autoridade coatora é aquela do local da sede da matriz da pessoa jurídica, que possui competência para a fiscalização e arrecadação dos tributos devidos pela impetrante. Ilegitimidade passiva reconhecida.

6. Recurso especial provido para extinguir o mandado de segurança sem exame do mérito.

(REsp 1086843/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009)

Contudo, conforme consignado na sentença, os efeitos da decisão proferida nesta ação devem vincular a recorrente e suas filiais. Corroborando esse entendimento o seguinte julgado desta corte:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - MATRIZ E FILIAL - I LEGITIMIDADE ATIVA DA FILIAL RECONHECIDA DE OFÍCIO - REPERCUSSÃO GERAL - ADC Nº 18 - LIMINAR - CESSADA A EFICÁCIA - PIS - ICMS - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO - CONSTITUCIONALIDADE.

1 - A matriz e a filial compõem a mesma pessoa jurídica, muito embora possuam inscrições distintas no CNPJ, com vistas a facilitar a fiscalização pela autoridade fiscal, tratando-se as filiais, assim, de meras unidades descentralizadas, que não têm personalidade jurídica própria, mas apenas autonomia administrativa, possuindo a matriz legitimidade para demandar; em juízo, em nome de tais estabelecimentos da mesma empresa. I legitimidade ativa da filial que se reconhece de ofício.

2. Indevida a suspensão do andamento processual em vista do reconhecimento de repercussão geral pelo Excelso Pretório, na medida em que o sobrestamento previsto na lei processual (art. 543-B, §§1º e 2º) refere-se tão somente a recursos extraordinários.

3. Cessada a eficácia da liminar concedida na ADC nº 18, pelo Supremo Tribunal Federal, referente à suspensão do julgamento dos feitos em que se discute a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS.

(...)

6. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e das Cortes Regionais.

(AMS 342067, PROC.: 00104346320084036106, Rel. Des. Federal REGINA HELENA COSTA, SEXTA TURMA, Julg.: 21/03/2013, v.u., e-DJF3 Judicial I DATA:25/04/2013)

Assim, a sentença deve ser mantida nesse ponto.

- Do mérito

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência de numerários que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Resalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativas a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excessão cobrar tributo de quem recolhe tributo.

- Do entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, uma vez que, ao contrário do que acontece com as contribuições ao PIS e a COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integrar, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

- Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 31.10.2019. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

- Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à pessoa jurídica, a questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, considerado o período quinquenal a ser compensado, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem presente remédio constitucional.

- Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos p (a parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o eSocial (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

- Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, salienta-se que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial nº 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º; DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Por fim, destaco que a recorrente faz pedido nos seguintes termos: "que seja reconhecido o direito ao crédito dos valores indevidamente recolhidos a título de PIS/COFINS, desde os últimos 5 (cinco) anos, da data da propositura da presente ação, inclusive durante o trâmite do presente *mandamus*, devendo ser atualizado pela taxa SELIC ou outro índice que posteriormente venha a substituí-lo, nos termos do art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, para fins de compensação, ou expedição de precatório ou recomposição via escrita fiscal, restituição ou ressarcimento, à escolha da impetrante, nos termos do art. 165, I do CTN, art. 74 da Lei 9.430/96, art. 100 da CF, Súmula 461 do STJ e RE 889173 julgado pelo rito da repercussão geral".

Assim, deve-se consignar que a opção à restituição é direito do contribuinte, mas somente é cabível na via administrativa, eis que o mandado de segurança não é a via adequada para obter efeitos patrimoniais pretéritos à impetração, conforme entendimento do STF pacificados por meio das Súmulas 269 ("o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança") e 271 ("Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria"). Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp 1176713/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 01/07/2020. Note-se que a legislação de regência do mandado de segurança não prevê fase de liquidação. Destarte, a restituição via precatório é inviável nesta sede.

Ante o exposto, **dou parcial provimento à apelação** para reformar a sentença e conceder a segurança para reconhecer o direito de a impetrante proceder à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como de proceder à compensação ou restituição dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas.

É como voto.

E M E N T A

CONSTITUCIONALE TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS FILIAIS. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Quanto à preliminar aventada, acerca do pedido atinente ao reconhecimento da legitimidade passiva das filiais, cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça reconhece tão somente a legitimidade da matriz para, em nome da pessoa jurídica, impetrar mandado de segurança "na sistemática de tributação do PIS (art. 5º da Lei 10.637/2002) e da COFINS (art. 4º da Lei 10.833/2003), cuja base de cálculo é global, resultante da receita bruta ou faturamento total da pessoa jurídica." - REsp 1086843/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009.

2. Contudo, conforme consignado na sentença, os efeitos da decisão proferida nesta ação devem vincular a recorrente e suas filiais. Nesse exato andar AMS 342067, PROC: 00104346320084036106, Rel. Des. Federal REGINA HELENA COSTA, SEXTA TURMA, Julg.: 21/03/2013, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/04/2013.

3. No que atine à questão de fundo, acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

4. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

5. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 Agr/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.

6. No mesmo diapasão esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 15/01/2020.

7. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e o Des. Fed. TORU YAMAMOTO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava parcial provimento à apelação para reformar a sentença e conceder a segurança para reconhecer o direito de a impetrante proceder à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como de proceder à compensação ou restituição dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas. Lavrará acórdão a Des. Fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, §1º do CPC. O Des. Fed. TORU YAMAMOTO participou do julgamento na forma dos arts. 53 e 260 do RITRFB3. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006885-17.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL ZARAGOZA IMPORTACAO E EXPORTACAO LIMITADA, COMERCIAL ZARAGOZA IMPORTACAO E EXPORTACAO LIMITADA

Advogado do(a) APELADO: PAULO BAUAB PUZZO - SP174592-A
Advogado do(a) APELADO: PAULO BAUAB PUZZO - SP174592-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006885-17.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL ZARAGOZA IMPORTACAO E EXPORTACAO LIMITADA, COMERCIAL ZARAGOZA IMPORTACAO E EXPORTACAO LIMITADA

Advogado do(a) APELADO: PAULO BAUAB PUZZO - SP174592-A
Advogado do(a) APELADO: PAULO BAUAB PUZZO - SP174592-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela **União** (Id. 132613355) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, foi proferida nos seguintes termos (Id. 132613351):

[...] “**JULGO PROCEDENTE** o pedido, para, **confirmando a decisão proferida sob Id. 17671336, CONCEDER A SEGURANÇA PLEITEADA** e declarar a inexistência do recolhimento do PIS e da COFINS com a inclusão dos valores correspondentes ao ICMS e ao ICMS-ST nas respectivas bases de cálculo.

À vista da existência (ao menos em tese) de crédito compensável, declaro o direito da impetrante de proceder à compensação dos valores recolhidos a título da exação acima citada a partir de **18/12/2013** (o que alberga também os valores recolhidos indevidamente após o ajuizamento da demanda, como requerido na inicial), na forma prevista no art. 74 da Lei 9.430/96, com a redação dada pelas Leis n.ºs. 10.637/02, 10.833/03 e 11.051/04, e no artigo 170-A do Código Tributário Nacional, com demais tributos devidos pela(s) empresa(s) impetrante(s) e administrados pela Receita Federal do Brasil, devendo a parte autora/impetrante apresentar a compensação a ser efetuada, após em trânsito o julgado desta sentença, perante a Administração Fazendária, cabendo ao Fisco, em sede administrativa (e não ao Poder Judiciário), a verificação da exatidão das importâncias que vierem a ser compensadas (“encontro de contas”), respeitados os critérios discriminados na fundamentação, na forma da legislação pertinente, devidamente corrigidos pela taxa SELIC, vedada a cumulação de juros com tal índice.

Oficie-se à autoridade coatora e intime-se o representante legal da pessoa jurídica interessada (União – PFN) para ciência do inteiro teor desta decisão, nos termos do caput do art. 13 da Lei 12.016/2009 c.c art. 9º da Lei 11.419/2006. Servirá cópia da presente decisão como OFÍCIO, cientificando-se a parte interessada de que esta 2ª Vara Federal está situada na Rua Tertuliano Delphim Júnior, nº 522 - Jardim Aquarius - Fone: (12) 3925-8812 / 3925-8822, nesta cidade de São José dos Campos-SP. O inteiro teor deste processo está disponível para consulta eletrônica no código de acesso gerado no seguinte link: <http://web.trf3.jus.br/anexos/download/U71A9360C9>

Custas na forma da lei.

Sem condenação em honorários advocatícios, de acordo com a Súmula 512 do STF, Súmula 105 do STJ e art. 25 da Lei 12.016/2009.

Com ou sem recursos, remetam-se os autos ao Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região para o reexame necessário, nos termos do §1º do art. 14 da Lei nº 12.016/2009”.

(...)

Sustenta a apelante, preliminarmente, que a decisão do STF no RE 574.706, além de encontrar-se pendente de publicação e não ser possível inferir com segurança toda a sua extensão e alcance, será ainda objeto de nova apreciação quanto à modulação de seus efeitos, a ser oportunamente postulada pela fazenda nacional, à vista das graves consequências que podem advir da sua aplicação com eficácia *ex tunc* para as finanças públicas, razão pela qual a solução mais prudente e compatível com a coerência e estabilidade que se espera de um sistema de precedentes é o sobrestamento do processo até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração. No mérito alega, em síntese, que:

a) os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS devem integrar a base de cálculo de tais contribuições (Leis nº 10.637/2002, 10.833/2003, 9.718/98, Lei Complementar nº 70/1991, artigo 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal e Súmulas nº 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça);

b) no julgamento do RE 212.209/MG, o STF definiu que um tributo pode fazer parte da base de cálculo desse mesmo ou de outro, eis que se trata de custo que compõe o valor da mercadoria ou da prestação do serviço;

c) a definição de receita bruta está prevista no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, cuja redação foi dada por lei posterior a 13/12/2007, qual seja, a Lei nº 12.973/2014;

d) alega a impossibilidade de transposição do quanto decidido no tema 69 ao ICMS-ST, bem como que independentemente do regime das contribuições, se cumulativo ou não cumulativo, o montante relativo ao ICMS-ST não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, por expressa previsão legal;

e) requer a exclusão do ICMS efetivamente recolhido ao estado e não o destacado nas notas fiscais;

f) necessidade de atribuição de efeito suspensivo à apelação.

Pleiteia o sobrestamento do feito, bem como a reforma da sentença.

Contrarrazões apresentadas pela parte adversa (Id. 132613362).

Manifestação do Ministério Público Federal (Id. 134795349).

É o relatório.

APELADO: COMERCIAL ZARAGOZA IMPORTACAO E EXPORTACAO LIMITADA, COMERCIAL ZARAGOZA IMPORTACAO E EXPORTACAO LIMITADA

Advogado do(a) APELADO: PAULO BAUAB PUZZO - SP174592-A
Advogado do(a) APELADO: PAULO BAUAB PUZZO - SP174592-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Da Preliminar - Do pedido de sobrestamento do feito

Inicialmente, no que toca à preliminar apresentada pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - -AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Do mérito

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS e ICMS-ST na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

Quanto ao ICMS, verifico que a matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*". *Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.*

Nesse contexto, nos termos da jurisprudência aludida, é de ser afastada a incidência do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

- Da alegação de inclusão dos valores de ICMS-ST nas bases de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS

O Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do RE n. 574.706/PR, concluiu no sentido da exclusão dos numerários relativos a ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, uma vez que não há incorporação de tais valores ao patrimônio do contribuinte. Entretanto, apesar de tal precedente não ter feito referência alguma a respeito do ICMS recolhido em regime de substituição tributária (ICMS-ST), há que se concluir igualmente a respeito de tal possibilidade, especialmente porque o não reconhecimento do direito à exclusão do ICMS-ST das bases de cálculo do PIS e da COFINS configuraria violação da isonomia entre os contribuintes sujeitos à substituição tributária e outros responsáveis pelo pagamento tão somente de seu próprio ICMS.

A sistemática de substituição tributária, criada como objetivo de facilitar as atividades de fiscalização e arrecadação tributárias, consiste em transferência a outrem ("substituto") da responsabilidade de pagamento de imposto ou contribuição (devido pelo "substituído"). Em realidade, pode-se dizer que há antecipação do pagamento do tributo relativo a operações subsequentes (o ICMS é destacado nas respectivas notas fiscais de saída), antes da ocorrência do fato gerador, situação exigida normalmente nas hipóteses em que há um certo conhecimento por parte do governo a respeito da cadeia de produção (razão pela qual somente determinados contribuintes são obrigados a esse regime, conforme normas do Conselho Nacional de Política Fazendária).

Assim, em tal regime, o substituto tributário recolhe o ICMS devido pelos demais integrantes da cadeia, calculado com base em um valor presumido, o qual leva em consideração uma margem de valor agregado (MVA) definida pela Comissão Técnica Permanente do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços (COTEPE) expressamente prevista na legislação concernente. Em outras palavras: no montante pago pelo comprador na aquisição do produto, está embutido tanto o valor do ICMS relacionado à operação de venda do substituto tributário, quanto o valor do imposto que o substituído deveria recolher aos cofres estaduais pela sua posterior operação de revenda.

Da situação hipotética

(1)

(2)



Uma loja de material de construção efetua a compra de latas de tinta diretamente da indústria que as produz. De forma subsequente, o proprietário de um apartamento em situação de reforma compra algumas dessas latas nessa loja.

Tinta: produto sujeito à sistemática da substituição tributária

Indústria: substituto tributário

Loja de material de construção: substituído tributário

Proprietário do apartamento em reforma: consumidor final

Operação (1)

- venda de latas de tinta ao revendedor

Operação (2)

- revenda de latas de tinta ao consumidor final

Análise de valores

- nota fiscal de saída emitida pela indústria com os seguintes valores destacados:

(I) **RS 100,00** (valor total dos produtos)

(II) **RS 18,00** (ICMS próprio à alíquota de 18%, devido em decorrência dessa operação de venda número 1)

(III) MVA definida pelo COTEPE: 60%

(IV) Valor relativo à MVA: **RS 60,00**

(V) Valor de revenda presumido, considerada a MVA de 60%: **RS 160,00**

(VI) ICMS-ST: 18% (alíquota aplicável) sobre o valor relativo à MVA = **RS 10,80**

(VII) Total de ICMS a ser pago: ICMS próprio + ICMS-ST = RS18,00 + RS10,80 = **RS 28,80**

Conclusão: Na cadeia apresentada como exemplo, o valor será recebido pelo fisco diretamente da indústria (a título de ICMS), porém com numerários decorrentes tanto de seu ICMS próprio quanto do ICMS devido pelo substituído (revendedora de tintas), em consequência dessa operação subsequente de venda ao proprietário do apartamento (consumidor final).

Destarte, tem-se que o ICMS-ST não constitui tributo diverso do ICMS próprio, mas apenas uma técnica de arrecadação que concentra no industrial ou no importador (a depender da relação jurídica envolvida) o ônus da retenção e pagamento antecipado do ICMS. Nesse sentido, segue julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. ICMS POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (ICMS/ST). INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO.

1. Inexiste violação ao artigo 535 do CPC quando o acórdão impugnado aplica tese jurídica devidamente fundamentada, de forma clara e precisa, promovendo a integral solução da controvérsia.
 2. A controvérsia dos autos, gira em torno da possibilidade ou não da inclusão do valor do ICMS por substituição tributária (ICMS/ST), em sua própria base de cálculo.
 3. Firmou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, sendo, portanto, legal a sistemática do "cálculo por dentro" para aferição da base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, § 1º, I, da LC n. 87/96.
 4. A dívida dos autos é se essa mesma regra aplica-se para o ICMS substituição tributária. A substituição tributária se trata de mecanismo de arrecadação no qual um terceiro sujeito se insere na relação jurídica entre o fisco e o contribuinte de modo a antecipar o pagamento devido por este, cabendo o ressarcimento decorrente do regime plurifásico.
 5. O ICMS/ST não é um tributo diferente do ICMS próprio. A base de cálculo do ICMS não sofre modificação quando se trata de arrecadação mediante substituição tributária, como ocorre na hipótese em exame.
 6. E nem poderia ser diferente, uma vez que, como a própria nomenclatura informa, a substituição tributária trata-se de uma técnica de arrecadação e fiscalização fazendária, não tendo o condão de afastar a aplicabilidade da norma disposta no artigo 13, § 1º, I, da LC 87/96.
 7. O ICMS e o ICMS/ST são o mesmo tributo, portanto, não há como julgá-los e entendê-los de maneira diversa, pois trata-se apenas de aplicar um regime diferenciado para simplificar a tributação e fiscalização. Assim sendo, é insito que a base de cálculo do ICMS substituição tributária seja integrado pelo montante do próprio imposto. Do contrário, não seria ICMS, mas outro tributo.
 7. Recurso especial não provido.
- (REsp 1454184/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 09/06/2016).

Da Lei n. 12.973/14

Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade), *verbis*:

Art. 54. A Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 55. A Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado, *verbis*:

Nesse sentido, de modo legítimo dispõem as atuais leis dos regimes cumulativo e não cumulativo que a base de cálculo do PIS/Cofins compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do DL nº 1.598/773, cujo §5º afirma que nela se incluem “os tributos sobre ela incidentes”. Ao lado disso, aquelas mesmas leis estabelecem que não integram a base de cálculo dessas contribuições as receitas referentes a certas situações, como vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. As exclusões exemplificadas, de fato, prescindiriam de previsão legal, já que estão fora do âmbito da materialidade das contribuições em comento, o que não ocorre com o ônus financeiro do ICMS repassado para o preço da mercadoria ou do serviço e, ao fim, transferido para a receita ou o faturamento.

(páginas 96 e 97 – voto do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli)

Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

Reconhecida a inexistência, faz-se necessária a análise do pedido de restituição.

Do prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: “válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 18/12/2018 (Id. 132613208). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Da necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

Da compensação de valores indevidamente recolhidos

A impetrante pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996: *(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)*

*I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo: *(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)**

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. *(trecho alterado)*.

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2018, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Do ICMS a recolher

O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo).

Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris*:

(...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

Da correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliente que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. *(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)*.

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária. *(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)*.

O pedido de efeito suspensivo resta prejudicado ante a decisão que recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo (Id. 136012731).

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento à apelação da União, bem como à remessa oficial.

É como voto.

Peço vênia ao e. Relator para divergir, em parte.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que a questão atinente à pretensão de descontar créditos sobre os valores de ICMS-Substituição, os quais compõem o custo de aquisição de mercadorias para posterior revenda, na apuração da contribuição ao PIS e à COFINS, encontra forte hostilidade junto à sólida jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme arestos que ora colho, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E À COFINS NÃO CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. CONSIDERAÇÃO DOS VALORES REFERENTES A ICMS-SUBSTITUIÇÃO (ICMS-ST) RECOLHIDO EM OPERAÇÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Segunda Turma do STJ firmou entendimento de que, não sendo receita bruta, o ICMS-ST não está na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não cumulativas devidas pelo substituto e definida nos arts. 1º e § 2º das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003 (REsp 1.456.648/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 2/6/2016, DJe 28/6/2016).

2. A situação fática delineada pela própria agravante leva a compreender que sobre os valores despendidos a título de ICMS-ST não incidiram o PIS nem a COFINS. O fato de a sistemática não cumulativa do PIS e da COFINS não se adequar com exatidão àquela metodologia adotada no creditamento de IPI e ICMS não autoriza fechar os olhos para situações em que nas operações anteriores não tenha havido incidência tributária e, mesmo assim, admitir creditamento fictício não previsto em lei.

3. Agravo interno a que se nega provimento."

(AgInt no REsp 1.417.857/RS, Relator Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, j. 21/09/2017, DJe 28/09/2017)

"RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. AGRADO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E COFINS NÃO CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. VALORES REFERENTES A ICMS-SUBSTITUIÇÃO (ICMS-ST). IMPOSSIBILIDADE.

1. O presente recurso foi interposto na vigência do CPC/2015, o que atrai a incidência do Enunciado Administrativo N° 3: 'Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC'.

2. Não tem direito o contribuinte ao creditamento, no âmbito do regime não cumulativo do PIS e COFINS, dos valores que, na condição de substituído tributário, paga ao contribuinte substituído a título de reembolso pelo recolhimento do ICMS-substituição. Precedentes: REsp. n. 1.456.648 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02.06.2016; REsp. n. 1.461.802 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22.09.2016.

3. A aplicação da Súmula n. 568/STJ (O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema) não exige a existência de múltiplos julgados sobre o tema, apenas a suficiência do debate pelo órgão julgador no precedente e a adequação dos fundamentos determinantes do precedente utilizado como paradigma ao caso concreto (art. 489, §1º, V, CPC/2015).

4. Agravo interno não provido."

(AgInt nos EDcl no REsp 1.462.346/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. 07/03/2017, DJe 13/03/2017)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N° 3 DO STJ. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÕES NORMATIVAS. IMPOSSIBILIDADE. NORMA QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E COFINS NÃO CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. VALORES REFERENTES A ICMS-SUBSTITUIÇÃO (ICMS-ST). IMPOSSIBILIDADE.

1. Impossibilidade de conhecimento do recurso especial em relação à alegada ofensa à Instruções Normativas, uma vez que tais normas não se enquadram no conceito de lei federal.

2. Quando ocorre a retenção e recolhimento do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ICMS-ST), a empresa substituída não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Nessa situação, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa substituída que se torna apenas depositária de tributo (responsável tributário por substituição ou agente arrecadador) que será entregue ao Fisco. Então não ocorre a incidência das contribuições ao PIS/PASEP, COFINS, já que não há receita da empresa prestadora substituída. É o que estabelece o art. 279 do RIR/99 e o art. 3º, §2º, da Lei n. 9.718/98.

3. Desse modo, não sendo receita bruta, o ICMS-ST não está na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não cumulativas devidas pelo substituído e definida nos arts. 1º e §2º, da Lei n. 10.637/2002 e 10.833/2003.

4. Sendo assim, o valor do ICMS-ST não pode compor o conceito de valor de bens e serviços adquiridos para efeito de creditamento das referidas contribuições para o substituído, exigido pelos arts. 3º, §1º, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, já que o princípio da não cumulatividade pressupõe o pagamento do tributo na etapa econômica anterior, ou seja, pressupõe a cumulatividade (ou a incidência em 'cascata') das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS. Precedente.

5. Agravo interno não provido."

(AgInt no REsp 1.628.142/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. 07/03/2017, DJe 13/03/2017)

No mesmo sentido, as CC. Cortes Regionais Federais da 1ª e 4ª Regiões, respectivamente, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. PIS E COFINS NÃO CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. ICMS-SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A impetrante, na qualidade de substituída tributária, não é contribuinte do ICMS, mas apenas depositária desse imposto. Daí que o valor do ICMS-ST constitui mero ingresso na contabilidade da empresa substituída, pelo que não incidiram a contribuição para o PIS e a COFINS

2. Quando ocorre a retenção e recolhimento do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ICMS-ST), a empresa substituída não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Nessa situação, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa substituída que se torna apenas depositária de tributo (responsável tributário por substituição ou agente arrecadador) que será entregue ao Fisco. Então não ocorre a incidência das contribuições ao PIS/PASEP, COFINS, já que não há receita da empresa prestadora substituída. (AgInt no REsp 1.628.142-RS, r. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma do STJ em 07.03.2017). 3. Apelação da impetrante desprovida."

(AMS 0007024-70.2013.4.01.3812, Relator Desembargador Federal NOVÉLY VILANOVA, Oitava Turma, j. 25/06/2018, e-DJF1 03/08/2018)

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA 69/STF. INAPLICABILIDADE.

1. Nos termos do enunciado do Tema 69 - STF, o ICMS destacado nas notas fiscais não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. No entanto, ao julgar o RE 574.706, o Supremo Tribunal Federal não considerou o regime de substituição progressiva do ICMS.

3. No regime da substituição tributária progressiva, o imposto não é calculado 'por dentro', mas 'por fora', sendo adicionado ao valor de venda quando da emissão da nota fiscal, de modo que sequer integra a receita bruta do substituído tributário - e tampouco a do substituído, não havendo fundamentos para se reconhecer o direito ao abatimento, da base de cálculo das contribuições em apreço, dos valores pagos a título de ICMS-ST, seja pelo substituído, seja pelo substituído."

(AC 5008313-27.2017.4.04.7110/RS, Relator Juiz Federal convocado ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, Primeira Turma, j. 14/11/2018)

E ainda esta C. Turma julgadora, em recente julgamento, *verbis*:

"**TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA 69/STF. INAPLICABILIDADE.**

1. *A questão atinente à pretensão de descontar créditos sobre os valores de ICMS-Substituição, os quais compõem o custo de aquisição de mercadorias para posterior revenda, na apuração da contribuição ao PIS e à COFINS, encontra forte hostilidade junto à sólida jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, onde restou lá assentado que não tem direito o contribuinte ao creditamento, no âmbito do regime não cumulativo do PIS e COFINS, dos valores que, na condição de substituído tributário, paga ao contribuinte substituído a título de reembolso pelo recolhimento do ICMS-substituição. Precedentes: REsp. n. 1.456.648 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02.06.2016; REsp. n. 1.461.802 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22.09.2016. - AgInt nos EDcl no REsp 1.462.346/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. 07/03/2017, DJe 13/03/2017.*

2. *No mesmo sentido, STJ, AgInt no REsp 1.417.857/RS, Relator Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, j. 21/09/2017, DJe 28/09/2017 e AgInt no REsp 1.628.142/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. 07/03/2017, DJe 13/03/2017; TRF - 1ª Região, AMS 0007024-70.2013.4.01.3812, Relator Desembargador Federal, NOVÉLY VILANOVA, Oitava Turma, j. 25/06/2018, e-DJF1 03/08/2018; e TRF 4ª - Região, AC 5008313-27.2017.4.04.7110/RS, Relator Juiz Federal convocado ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA AVILA, Primeira Turma, j. 14/11/2018.*

3. *Apelação a que se nega provimento."*

(AC 0026558-95.2015.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, Quarta Turma, j. 21/02/2019, D.E. 18/03/2019)

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação interposta pela União Federal e à remessa oficial para denegar a segurança no que atine à exclusão do ICMS-ST nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, acompanhando o voto do Ex^{tr} Relator em suas demais questões.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS E ICMS-ST NA BASE DE CÁLCULO. APELO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDOS.

- Inicialmente, no que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados.

- Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos: *Cabe registrar; nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-Agr/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-Agr/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - Agr/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-Agr/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.*

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS e ICMS-ST na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

- Quanto ao ICMS, verifico que a matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

- O Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do RE n. 574.706/PR, concluiu no sentido da exclusão dos numerários relativos a ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, uma vez que não há incorporação de tais valores ao patrimônio do contribuinte. Entretanto, apesar de tal precedente não ter feito referência alguma a respeito do ICMS recolhido em regime de substituição tributária (ICMS-ST), há que se concluir igualmente a respeito de tal possibilidade, especialmente porque o não reconhecimento do direito à exclusão do ICMS-ST das bases de cálculo do PIS e da COFINS configuraria violação da isonomia entre os contribuintes sujeitos à substituição tributária e outros responsáveis pelo pagamento tão somente de seu próprio ICMS.

- A sistemática de substituição tributária, criada com o objetivo de facilitar as atividades de fiscalização e arrecadação tributárias, consiste em transferência a outrem ("substituto") da responsabilidade de pagamento de imposto ou contribuição (devido pelo "substituído"). Em realidade, pode-se dizer que há antecipação do pagamento do tributo relativo a operações subsequentes (o ICMS é destacado nas respectivas notas fiscais de saída), antes da ocorrência do fato gerador, situação exigida normalmente nas hipóteses em que há um certo conhecimento por parte do governo a respeito da cadeia de produção (razão pela qual somente determinados contribuintes são obrigados a esse regime, conforme normas do Conselho Nacional de Política Fazendária).

- Assim, em tal regime, o substituído tributário recolhe o ICMS devido pelos demais integrantes da cadeia, calculado com base em um valor presumido, o qual leva em consideração uma margem de valor agregado (MVA) definida pela Comissão Técnica Permanente do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços (COTEPE) expressamente prevista na legislação concernente. Em outras palavras: no montante pago pelo comprador na aquisição do produto, está embutido tanto o valor do ICMS relacionado à operação de venda do substituído tributário, quanto o valor do imposto que o substituído deveria recolher aos cofres estaduais pela sua posterior operação de revenda.

- Na cadeia apresentada como exemplo, o valor será recebido pelo fisco diretamente da indústria (a título de ICMS), porém com numerários decorrentes tanto de seu ICMS próprio quanto do ICMS devido pelo substituído (revendedora de tintas), em consequência dessa operação subsequente de venda ao proprietário do apartamento (consumidor final). Destarte, tem-se que o ICMS-ST não constitui tributo diverso do ICMS próprio, mas apenas uma técnica de arrecadação que concentra no industrial ou no importador (a depender da relação jurídica envolvida) o ônus da retenção e pagamento antecipado do ICMS. Precedente.

- Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão *total das receitas auferidas* (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade).

- No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado.

- Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como *receita líquida* (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

- A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

- A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18).

- Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. A ação foi proposta em 2018, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo).

- Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris:(...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.* Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Correção monetária do indébito. Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012). No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial n.º 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Amada, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

- Rejeitada a preliminar, bem como negado provimento à apelação da União e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu rejeitar a preliminar e negar provimento à apelação da União, bem como à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e JOHONSOM DI SALVO. Vencidas as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE, que davam parcial provimento à apelação interposta pela União Federal e à remessa oficial para denegar a segurança no que atine à exclusão do ICMS-ST nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, acompanhando o voto do Exmº Relator em suas demais questões. Fará declaração de voto a Des. Fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC O Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029460-58.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

AGRAVADO: LUIS RICARDO OLIVEIRA DOS SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029460-58.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

AGRAVADO: LUIS RICARDO OLIVEIRA DOS SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região – CRECI, em face da decisão que, em execução fiscal, indeferiu a pesquisa no RENAJUD por entender que “é do exequente o ônus de diligenciar a respeito de bens do executado”.

Alega o agravante que a orientação de outros Tribunais Regionais e Tribunais Superiores é no sentido de não haver necessidade de se exigir do exequente o exaurimento de diligências extrajudiciais para que se utilize dos convênios firmados pelo Poder Judiciário (BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD) para constrição de bens do devedor ou localização do endereço do executado.

Pugna pela reforma da r. decisão a fim de que seja determinado pelo MM. Juízo *a quo* a realização de consulta e restrição em nome da parte executada junto ao sistema RENAJUD.

Não houve pedido de efeito suspensivo/antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É o relatório.

VOTO VENCEDOR

Agravo de instrumento interposto pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região – CRECI contra decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", em execução fiscal, que indeferiu pedido de verificação no RENAJUD, a fim de possibilitar a localização e a penhora de bens da executada.

O eminente Relator votou no sentido de desprover o recurso por entender que “*não foi demonstrada que foram empreendidas diligências ao alcance do agravante visando localizar bens do agravado, razão pela qual é de ser indeferido o requerimento de informações via sistema RENAJUD*”. Com a devida vênia, divirjo.

O Poder Judiciário não pode recusar o pedido formulado pelo exequente para a inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes ou para localizar seus bens fundado na necessidade de esgotamento das diligências pelo interessado. Nesse sentido, é o entendimento do STJ:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE.

I - Na origem, trata-se de agravo de instrumentos nos autos de execução fiscal, objetivando a inclusão do nome dos executados no cadastro de inadimplentes. No Juízo de origem, indeferiu-se o pedido. No Tribunal a quo, a decisão foi reformada para determinar a expedição de ofício aos serviços de proteção ao crédito para inclusão dos nomes dos executados nos cadastros do SPC e Serasa, por meio do SerasaJUD, até o pagamento da dívida. Esta Corte conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

II - O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico de que é permitido, no âmbito da execução fiscal, o pedido de inclusão do nome dos executados nos cadastros de inadimplentes, tais como BacenJUD, RenaJUD, SerasaJUD, Serasa, etc. Sobre o assunto, confirmam-se os seguintes precedentes: (REsp n. 1.799.572/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Julgado em 9/5/2019 e RMS 31.859/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/6/2010, DJe 1/7/2010).

III - Agravo interno improvido.

(AgInt no ARESp – 1545969/RJ, Min. FRANCISCO FALCÃO, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 17/03/2020).

PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE.

1. O posicionamento da Corte de origem destoa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. É desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on-line (sistemas Bacen-jud, Renajud ou Infojud), em execução civil ou fiscal, após o advento da Lei n. 11.382/2006, com vigência a partir de 21.1.2007. Precedentes: REsp 1.582.421/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.5.2016; REsp 1.667.529/RJ, Min Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 29.6.2017.

2. Agravo conhecido para dar provimento ao Recurso Especial e permitir a utilização do sistema Infojud independentemente do esgotamento de diligências.

(STJ, AResp 1528536/RJ; Min. Herman Benjamin; 2ª Turma; j. 19/11/2019)

Assim, à vista da fundamentação e dos precedentes colacionados, justifica-se a reforma da decisão agravada.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO**, para determinar a pesquisa no RENAJUD.

É como voto.

André Nabarrete – Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029460-58.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

AGRAVADO: LUIS RICARDO OLIVEIRA DOS SANTOS

VOTO

Na origem, o agravante ingressou com ação de execução fiscal em face do agravado, Luís Ricardo Oliveira dos Santos, para cobrança de anuidades referentes aos anos 2011 a 2014.

O executado foi citado por meio de edital, em 12/04/2018, no entanto, não foram localizados bens passíveis de penhora, bem como o pedido de bloqueio de valores restou infrutífero.

O agravante requereu a pesquisa de bens em nome do agravado pelo sistema Renajud, sendo indeferido o pleito, ao fundamento de que competia ao Exequente indicar o veículo a ser bloqueado.

A decisão recorrida se deu nos seguintes termos:

"Indefiro, pois a exequente não indica o veículo a ser bloqueado. No mais, compete à exequente diligências a fim de fornecer informações andamento do feito.

Anoto que não se pode transferir ao Judiciário, atribuição que compete ao exequente, qual seja: fornecer, por meio de diligências administrativas, elementos visando localizar a executada ou bens a serem penhorados.

Importante registrar que os convênios disponibilizados à Justiça Federal (Infojud, Renajud, ARISP e Bacenjud) restringem-se a atos de reserva de jurisdição, tais como a quebra de sigilos e a constrição de bens já determinados. Assim, a utilização dessas ferramentas, indiscriminadamente, não pode ser tolerada pelo Judiciário.

O E. TRF 2ª Região tem o mesmo posicionamento. "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RENAJUD. INDEFERIMENTO. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS.

1. A utilização do sistema RENAJUD deve ser permitida apenas excepcionalmente, quando realizadas diligências extrajudiciais para localização de bens do devedor, o que não restou demonstrado nos autos. 2. Os dados e informações constantes dos cadastros do DETRAN não são submetidos a sigilo, razão pela qual o acesso a eles independe de determinação judicial, cabendo ao exequente, através de meios próprios, buscar localizar bens do devedor. 3. Agravo interno não provido." (TRF2, AG. Nº 201202010109417, 6ª Turma Especial, rel. Guilherme Couto, E-DJF2R 07-08-2012, pág. 321)

O Superior Tribunal de Justiça assim tem decidido: "Agravo regimental no agravo de instrumento. Processo civil. Execução. Expedido de ofício à Receita Federal, Medida excepcional. Impossibilidade.

2. Em relação ao pedido de informações para fins de localização do endereço do executado o raciocínio a ser utilizado nesta hipótese deverá ser o mesmo dos casos em que se pretende localizar bens do devedor, pois tem o contribuinte ou titular de conta bancária direito à privacidade relativa aos seus dados pessoais além do que não cabe ao Judiciário substituir a parte autora nas diligências que lhe são cabíveis para demandar em juízo. (REsp nº 306.570/SP, Calmon, DJU de 18/02/2002).

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ, AgRg no Ag 1.386.116/MS, 4ª Turma, Relator: Min. Raul Araújo, j. 26/04/2011, DJe de 10/05/2011)

Diante do exposto, mantenho a suspensão do feito nos termos do artigo 40 da Lei 6.830/80."

Pois bem. O art. 5º, inciso X, da Constituição Federal vigente, dá espeque ao direito de sigilo de privacidade, protegendo a inviolabilidade da intimidade e, consequentemente, os dados econômicos de cunho pessoal constantes do sistema financeiro, o que não deve ser afastado senão em situações especiais, onde se patentee relevante interesse para a administração da Justiça.

Ressalte-se que os interesses tutelados pelo Poder Judiciário não se confundem, necessariamente, com os do exequente, não sendo cabível que se coloque todo o organismo judiciário e o sistema financeiro nacional a serviço do credor, apenas para localizar o endereço do devedor ou seus bens, não competindo ao Judiciário diligenciar pela parte.

Entendo que somente é possível a requisição de informações através do sistema (INFOJUD/RENAJUD), quando comprovada prévia diligência junto aos Cartórios de Imóveis e DETRAN para localizar o devedor e seus bens.

Nesse sentido, trago à baila, decisões emanadas do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte, *verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS À RECEITA FEDERAL. NÃO ESGOTADAS PELO AGRAVANTE A TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO COM APLICAÇÃO DE MULTA.

1. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ no sentido de que a requisição judicial apenas se justifica desde que haja intransponível barreira para a obtenção dos dados solicitados por meio da via extrajudicial e, bem assim, a demonstração inequívoca de que a exequente emvidou esforços para tanto, o que se não deu na espécie, ou, pelo menos, não foi demonstrado.

2. Falecendo demonstração cabal de que foram exauridas, sem êxito, as vias administrativas para obtenção de informações necessárias à confecção da conta, não há como acolher a pretensão recursal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento com aplicação de multa"

(AgRg no AREsp 327.826/PA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. SIGILO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL. MEDIDA EXCEPCIONAL.

1. O STJ firmou entendimento de que a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado para que o exequente obtenha informações sobre a existência de bens do devedor inadimplente é admitida somente após terem sido esgotadas as tentativas de obtenção dos dados na via extrajudicial.

2. Agravo regimental provido" (AgRg no REsp 1.135.568/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 28/05/2010)

Tem incidência, portanto, a Súmula nº 83 deste Superior Tribunal de Justiça: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial."

(REsp 1313065/RS, Rel. Min. RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, julgado em 28/08/2013, DJe 05/09/2013)

"PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - INFORMAÇÕES SOBRE BENS A SEREM PENHORADOS - REQUISIÇÃO - SIGILO BANCÁRIO - QUEBRA - IMPOSSIBILIDADE EM PROCESSO ADMINISTRATIVO.

- A obtenção de informações sobre a existência ou não de bens a serem penhorados é obrigação do exequente.

- O juiz da execução fiscal só deve deferir pedido de expedição de ofício à Receita Federal e ao bacen após o exequente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens.

- Recurso improvido."

(REsp nº 206963/ES, 1ª Turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 28/06/1999)."

PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL. INFOJUD. IMPROPRIEDADE. ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS. NECESSIDADE. RECURSO IMPROVIDO. - Consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região no sentido de que a obtenção de informações sobre a localização do devedor ou de bens penhoráveis é de responsabilidade da parte credora, competindo-lhe esgotar todas as diligências particulares à sua disposição, tais como consultas ao Detran, Cartório de Registro de Imóveis, Declarações sobre Operações Imobiliárias - DOI/RFB, entre outras. - A intervenção do Poder Judiciário para a utilização de sistemas como o infojud (dados armazenados na Receita Federal) e o RENAJUD (dados sobre veículos) é medida excepcional e somente se justifica na hipótese de comprovado insucesso do credor em suas buscas. Precedentes do C. STJ e desta Corte Regional. - Não restaram esgotadas as diligências a cargo da exequente, uma vez que não foram consultados registros de cartório de imóveis, INFOSEG, ARISP e DETRAN, bem como as declarações de operações imobiliárias (DOI), as quais prescindem de expedição de ofício à SRF e, assim, constituem providências que podem ser realizadas extrajudicialmente. - Destacadas as recentes decisões monocráticas colhidas dos Agravos de Instrumento nºs. 2014.03.00.018760-1 e 2014.03.00.006210-5, respectivamente, exaradas pelos Eminentíssimos Desembargadores Federais André Nabarrete e Alda Bastos, as quais comungam do citado posicionamento jurisprudencial da Corte Superior. - As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida. - Não vislumbrado qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada. - Agravo legal improvido.

(TRF-3ª Região, 4ª Turma, AI 00145274420144030000, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/03/2015, Relator: Des. Federal Mônica Nobre).

"PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL PARA OBTENÇÃO DE DECLARAÇÃO DE BENS E PESQUISA VIA RENAJUD. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS POR PARTE DO CREDOR.

1. Como regra, a localização do devedor e de seus bens incumbe ao credor. Possível, todavia, a requisição de informações sobre a declaração de bens e endereço do devedor à Receita Federal, quando esgotados pelo credor os meios para sua localização.

2. Não evidenciado o esgotamento das diligências possíveis no sentido da localização de bens livres e desembaraçados, seja porque não houve tentativa de busca de bens de todos os devedores, seja porque cumpria ainda ao credor o empreendimento de esforços, com relação a todos os réus, perante outras instituições, inclusive públicas. Ausente excepcionalidade justificadora da intervenção do Judiciário junto à Receita Federal. 3. Agravo legal não provido."

(AI 00383999320114030000, JUIZ CONVOCADO ALESSANDRO DIAFERIA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/03/2012..FONTE_REPUBLICACAO:.)

No presente caso, não foi demonstrada que foram empreendidas diligências ao alcance do agravante visando localizar bens do agravado, razão pela qual é de ser indeferido o requerimento de informações via sistema RENAJUD.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. UTILIZAÇÃO DO SISTEMA RENAJUD PARA A BUSCA DE BENS DA DEVEDORA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. RECURSO PROVIDO.

- O Poder Judiciário não pode recusar o pedido formulado pelo exequente para a inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes ou para localizar seus bens fundado na necessidade de esgotamento das diligências pelo interessado.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, para determinar a pesquisa no RENAJUD, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, com quem votou a Des. Fed. MARLI FERREIRA. Vencido o Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), que negava provimento ao agravo de instrumento. Lavrará acórdão o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013402-43.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: ARCADIS LOGOS S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO GARCIA RIBEIRO - SP220753-A, DANIEL LACASA MAYA - SP163223-A, JULIO MARIA DE OLIVEIRA - SP120807-A, JOSE MAURICIO MACHADO - SP50385-A, RENATO SILVEIRA - SP222047-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013402-43.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: ARCADIS LOGOS S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO GARCIA RIBEIRO - SP220753-A, DANIEL LACASA MAYA - SP163223-A, JULIO MARIA DE OLIVEIRA - SP120807-A, JOSE MAURICIO MACHADO - SP50385-A, RENATO SILVEIRA - SP222047-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo" que indeferiu o pedido de medida liminar, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quanto às exigências das contribuições ao Salário-Educação, Incra, Senac, Sesc e Sebrae ou, ao menos, na parte em que exceder a base de cálculo de vinte salários-mínimos.

Alega, em síntese, que a base de cálculo das Contribuições destinadas a Terceiros era (e permanece) a mesma das Contribuições Previdenciárias devidas pela Empresa, qual seja, a folha de salários, conforme se infere do artigo 35 da Lei nº 4.863/65, que unificou a base de cálculo das referidas Contribuições e que o artigo 4º da Lei nº 6.950/81 estabeleceu o limite do "salário-de-contribuição" em 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, sendo que tal limite foi expressamente estendido para a Contribuições destinadas a Terceiros.

Aduz, ainda, que o perigo da demora, por sua vez, manifesta-se a partir do próprio poder/dever institucional da d. Administração Tributária, previsto no artigo 142 do CTN, o qual estabelece que, acaso a Agravante deixe de recolher as contribuições destinadas a terceiros sobre a totalidade da remuneração paga, devida ou creditada a empregados e trabalhadores avulsos, a autoridade impetrada irá exigir o crédito tributário não recolhido e impor toda sorte de sanções e medidas coercitivas previstas na legislação.

Foi parcialmente deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

O MPF em seu parecer (ID 135906531) opinou pelo prosseguimento do feito.

A União Federal (Fazenda Nacional) interpôs agravo interno.

Intimada, a agravada ARCADIS LOGOS S.A. manifestou-se.

É o relatório.

VOTO VENCEDOR

Agravo de instrumento interposto por Arcadis Logos S/A, contra decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu liminar que objetivava "a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quanto às exigências das contribuições ao FNDE (Salário Educação), INCRA, SEBRAE, SESC e SENAC ou, subsidiariamente, que tal fato ocorra somente em relação a parte que exceder a base de cálculo de vinte salários-mínimos."

O eminente Relator votou no sentido de prover em parte o recurso "para autorizar a agravante a recolher contribuições ao SENAC, SESC, SEBRAE e INCRA, observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se – no que sobejar – a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN." Com a devida vênia, discordo.

A Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 7º, inciso III, dispõe quanto à liminar em mandado de segurança, *verbis*:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

[ressaltei]

Dessa forma, necessários o fundamento relevante e o perigo da demora. No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso, em que foi aduzido genericamente prejuízo, em virtude de se submeter a tributos que reputa indevidos, em detrimento de suas atividades, sobretudo pela crise da pandemia da COVID-19, para, posteriormente, ter-se valer da via do *solve et repete*. Assim, não demonstrado o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, voto para **negar provimento ao agravo de instrumento e, em consequência, declarar prejudicado o agravo interno.**

André Nabarrete

Deseembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013402-43.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: ARCADIS LOGOS S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO GARCIA RIBEIRO - SP220753-A, DANIEL LACASA MAYA - SP163223-A, JULIO MARIA DE OLIVEIRA - SP120807-A, JOSE MAURICIO MACHADO - SP50385-A, RENATO SILVEIRA - SP222047-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido de medida liminar formulado nos autos originários, objetivando a suspensão da exigibilidade das Contribuições destinadas ao Salário-Educação, Incra, Senac, Sesc e Sebrae ou a autorização para "recolher observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se – no que sobejar - a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN.

Acerca da pleiteada suspensão da exigibilidade do crédito tributário do montante total das referidas contribuições, verifico que não há como se reconhecer a plausibilidade de tal pleito por expressa ausência de previsão legal.

Quanto ao pleito sucessivo, verifico que, no que tange a primeira contribuição em questão (Salário Educação), forçoso verificar que possui regras próprias, entre elas o art. 15 da Lei nº 9.424/96, que prevê alíquota de 2,5% (dois e meio por cento), sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, não havendo dúvidas acerca da inaplicabilidade da limitação da base de cálculo a 20 salários-mínimos.

Constata-se, ainda, que o art. 1º, da Lei 9.766/1998, que alterou a legislação regente do Salário-Educação, disciplina que a contribuição social do Salário-Educação obedecerá aos mesmos prazos e condições aplicados às contribuições sociais e demais importâncias devidas à Seguridade Social, ressalvada a competência do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, sobre a matéria.

Assim, conclui-se que, para efeito do cálculo da contribuição da empresa atinente ao Salário-Educação, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo.

Quanto ao pleito de ver reconhecido seu suposto direito de efetuar o recolhimento das contribuições destinadas a terceiros Incra, Senac, Sesc e Sebrae, limitado a vinte salários mínimos, oportuno observar atentamente o disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81, depreende-se que o legislador estabeleceu limite máximo de 20 salários mínimos para a base de cálculo das contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros, *in verbis*:

"Art 4º - O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único - O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros".

No entanto, tal limite não se aplica ao cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, em decorrência do que preceitua o Decreto-Lei nº 2.318/86 - que retirou o referido limite para o cálculo da contribuição da empresa, senão vejamos:

"Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981."

Dessa forma, mesmo tendo havido expressa revogação do referido limite às contribuições previdenciárias, a lei o preservou às contribuições a terceiros.

Nesse sentido, trago julgado recente proferido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no REsp 1.570.980/SP:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 40. DA LEI 6.950/1981 NÃO REVOGADO PELO ART. 30. DO DL 2.318/1986. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela RHODIA BRASIL LTDA., com fulcro na alínea c do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3a. Região, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. MATÉRIA ASSENTADA PELO EXCELSO PRETÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. (fls. 246). 2. Os Embargos de Declaração opostos foram parcialmente acolhidos tão somente para corrigir erro material constante da ementa. 3. Nas razões do Apelo Nobre, a parte recorrente defende que o acórdão recorrido dissentiu do entendimento de outros Tribunais, segundo o qual o limite máximo da base de cálculo de 20 salários mínimos para as contribuições dos terceiros, previsto no art. 30. da Lei 6.950/1981, não foi revogado pelo art. 40. do DL 2.318/1986. 4. Com Contrarrazões, seguiu-se juízo positivo de admissibilidade recursal. 5. É o breve relatório. 6. A pretensão recursal encontra apoio na jurisprudência consolidada desta Corte Superior; segundo a base de cálculo das contribuições para-fiscais recolhidas por conta de terceiros fica restrito ao limite máximo de 20 salários-mínimos, nos termos do parágrafo único, do art. 40. da Lei 6.950/1981, o qual não foi revogado pelo art. 30. do DL 2.318/1986, que se disciplina as contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social. A propósito, cita-se o seguinte julgado: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 II, DO CPC. AUXÍLIO EDUCAÇÃO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONVÊNIO SAÚDE. LIMITE DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ART. 515, DO CPC. VALORES PAGOS A TÍTULO DE ALUGUÉIS DE IMÓVEIS PARA USO DE EMPREGADOS E PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. QUESTÕES FÁTICAS APRECIADAS PELA ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO § 2º, DO ART. 25, DA LEI N. 8.870/94. ENFOQUE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO TEMA NA VIA ESPECIAL. (...) 3. No período do lançamento que se discute nos autos, tem aplicação o art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 6.950/81, que limita o recolhimento do salário-de-contribuição de vinte vezes o valor do salário-mínimo para o cálculo da contribuição de terceiros. (...) 4. Apelo especial do INSS não provido. 5. Recurso especial da empresa parcialmente conhecido e não-provido. (REsp. 953.742/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, 10.3.2008). 7. No mesmo sentido, seguindo a mesma orientação são as seguintes decisões monocráticas: REsp. 1241362/SC, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 8.11.2017; REsp. 1.439.511/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 25.6.2014. 8. Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial da Contribuinte, a fim de reconhecer que a base de cálculo da contribuição de terceiros fique limitada a 20 salários mínimos, na forma prevista no art. 40. da Lei 6.950/1981, Invertendo-se os ônus sucumbenciais, ficando os honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor da condenação. 9. Publique-se. Intimações necessárias. Brasília (DF), 1º de agosto de 2019. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para autorizar a agravante a recolher contribuições ao INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE, observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se – no que sobejar – a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN. Julgo prejudicado o agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. NECESSÁRIOS A RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO E O PERIGO DA DEMORA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ÚLTIMO REQUISITO. RECURSO DESPROVIDO.

- Necessários o fundamento relevante e o perigo da demora para a concessão da liminar (artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009). No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso em análise, em que foi suscitado genericamente prejuízo às suas atividades empresariais, em virtude da não expedição de certidão negativa de débitos, sem a sua especificação, para fins de verificação da urgência. Dessa forma, ausente o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu julgar prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA. E, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, com quem votou a Des. Fed. MARLI FERREIRA. Vencido o Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), que dava parcial provimento ao agravo de instrumento para autorizar a agravante a recolher contribuições ao INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE, observado o valor-limite de 20 salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se, no que sobejar, a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN. Lavrará acórdão o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020174-22.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: DATORA PARTICIPACOES S.A.

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCOS ANDRE VINHAS CATAO - SP244865-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020174-22.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: DATORA PARTICIPACOES S.A.

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo" que indeferiu o pedido de medida liminar, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quanto às exigências das contribuições ao FNDE (Salário Educação), INCRA, SEBRAE, SESC e SENAC ou, subsidiariamente, que tal fato ocorra somente em relação a parte que exceder a base de cálculo de vinte salários-mínimos.

Alega, em síntese, que até o advento da Emenda Constitucional 33/01, as chamadas Contribuições Sociais Gerais (SESC/SENAC/SENAI/SESI/Salário Educação) e as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (INCRA/SEBRAE) – art. 149 da CF/88, ao contrário das contribuições sociais da seguridade social (art. 195 da CF/88) careciam de específica previsão constitucional quanto às materialidades/bases econômicas sobre as quais poderiam incidir.

Aduz, ainda, que pela simples artigo 149, §2º, inciso III, alínea "a", resta cristalino o entendimento de que se as alíquotas não podem incidir sobre , pelo mesmo ser taxativo, estando, portanto, de inconstitucionalidade, e por isso, não podem ser exigidas, assegurando o direito ao indébito demonstrado.

Foi parcialmente deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

A União Federal (Fazenda Nacional) apresentou contraminuta.

É o relatório.

VOTO VENCEDOR

Agravo de instrumento interposto por **Datora Participações S/A**, contra decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu liminar que objetivava "a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quanto às exigências das contribuições ao FNDE (Salário Educação), INCRA, SEBRAE, SESC e SENAC ou, subsidiariamente, que tal fato ocorra somente em relação a parte que exceder a base de cálculo de vinte salários-mínimos."

O eminente Relator votou no sentido de prover em parte o recurso "para autorizar a agravante a recolher contribuições ao SENAC, SESC, SEBRAE e INCRA, observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se – no que sobejar – a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN." Com a devida vênia, discordo.

A Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 7º, inciso III, dispõe quanto à liminar em mandado de segurança, *verbis*:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

[ressaltei]

Dessa forma, necessários o fundamento relevante e o perigo da demora. No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso, em que foi aduzido genericamente prejuízo, em virtude de se submeter a tributos que reputa indevidos, acrescidos de juros e multa, a partir do entendimento da agravada de que as referidas contribuições são legítimas. Assim, não demonstrado o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, voto para **negar provimento ao agravo de instrumento**.

André Nabarrete

Desembargador Federal

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Acerca da constitucionalidade das contribuições combatidas no presente recurso, verifico que esta e. Corte já se pronunciou a respeito, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. INCIDÊNCIA SOBRE FOLHA DE SALÁRIOS. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

- A EC nº 33/2001 não alterou o caput do art. 149, apenas incluiu regras adicionais, entre as quais, a possibilidade de estabelecer alíquotas ad valorem ou específicas sobre as bases ali elencadas de forma não taxativa. O uso do vocábulo “poderão” no inciso III, faculta ao legislador a utilização da alíquota ad valorem, com base no faturamento, receita bruta, valor da operação, ou o valor aduaneiro, no caso de importação. No entanto, trata-se de uma faculdade, o rol é apenas exemplificativo, não existe o sentido restritivo alegado pela impetrante.

- É certo que a Constituição, nas situações em que pretendeu limitar as bases de cálculo elegíveis adotou as expressões “incidente sobre”, “será”, “incidirá”, enquanto a utilização do verbo “poderá” é empregada em hipóteses típicas de mera faculdade, pelo que se deve entender que a EC n. 33/01 seguiu a mesma técnica legislativa.

- Neste ponto a contribuição ao INCRA, que também tem fundamento de validade no art. 149 da Constituição, como contribuição de intervenção no domínio econômico, segue o mesmo raciocínio.

- Ressalte-se que a Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 977.058/RS, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento de que a contribuição do adicional de 0,2% destinado ao INCRA não foi extinta pelas Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91, considerando a sua natureza jurídica de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE).

- Ainda, em relação a contribuição ao INCRA, na condição de contribuição especial atípica, não se aplica a referibilidade direta, podendo ser exigida mesmo de empregadores urbanos.

- Isso porque é constitucionalmente destinada a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não necessariamente é beneficiado com a atuação estatal e nem a ela dá causa, sendo esse o traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas.

- Anota-se que a contribuição SEBRAE, que segue os mesmos moldes da contribuição ao INCRA, foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando já em vigor referida Emenda: STF, RE 396266, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2003, DJ 27-02-2004.

- O mesmo ocorre com as contribuições integrantes do Sistema S, como o Sesc e o Senac, que já foram objeto de análise pelo Colendo STF, no julgamento do AI nº 610247.

- No tocante à cobrança do Salário-Educação, inicialmente, instituída pela Lei 4.440/64, mantida pelo Decreto-lei 1422/75, encontra-se atualmente prevista na Lei 9.424/96. A constitucionalidade da cobrança do tributo segundo tal dispositivo foi atestada na Súmula 732 do Supremo Tribunal Federal.

- Em resumo, inexistente qualquer incompatibilidade de natureza constitucional entre a base de cálculo (folha de salários) das contribuições combatidas e as bases econômicas mencionadas no art. 149, § 2º, inciso III, alínea “a”, do texto constitucional.

- Agravo de instrumento não provido.

(e. TRF -3, AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014248-65.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Monica Nobre, Quarta Turma, data do julgamento 10/06/2020).

Assim, tal questão não merece maiores discussões, restando forçoso reconhecer a existência de plena exigibilidade das contribuições em questão.

Quanto ao pedido subsidiário, verifico que a contribuição destinada ao Salário Educação, possui regras próprias, entre elas o art. 15 da Lei nº 9.424/96, que prevê alíquota de 2,5% (dois e meio por cento), sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, não havendo dúvidas acerca da inaplicabilidade da limitação da base de cálculo a 20 salários-mínimos.

Verifica-se, ainda, que o art. 1º, da Lei 9.766/1998, que alterou a legislação regente do Salário-Educação, disciplina que a contribuição social do Salário-Educação obedecerá aos mesmos prazos e condições aplicados às contribuições sociais e demais importâncias devidas à Seguridade Social, ressalvada a competência do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, sobre a matéria.

Assim, conclui-se que, para efeito do cálculo da contribuição da empresa atinente ao Salário-Educação, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo.

Quanto ao pleito de ver reconhecido seu suposto direito de efetuar o recolhimento das contribuições destinadas em especial ao INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE, limitado a vinte salários mínimos, oportuno observar atentamente o disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81, depreende-se que o legislador estabeleceu limite máximo de 20 salários mínimos para a base de cálculo das contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros, *in verbis*:

“Art 4º - O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único - O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros”.

No entanto, tal limite não se aplica ao cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, em decorrência do que preceitua o Decreto-Lei nº 2.318/86 - que retirou o referido limite para o cálculo da contribuição da empresa, senão vejamos:

“Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981.”

Dessa forma, mesmo tendo havido expressa revogação do referido limite às contribuições previdenciárias, a lei o preservou às contribuições a terceiros.

Nesse sentido, trago julgado recente proferido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no REsp 1.570.980/SP:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 40. DA LEI 6.950/1981 NÃO REVOGADO PELO ART. 30. DO DL 2.318/1986. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela RHODIA BRASIL LTDA., com fulcro na alínea c do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3a. Região, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. AGRADO. ARTIGO 557, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. MATÉRIA ASSENTADA PELO EXCELSO PRETÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES. AGRADO IMPROVIDO. (fls. 246). 2. Os Embargos de Declaração opostos foram parcialmente acolhidos tão somente para corrigir erro material constante da ementa. 3. Nas razões do Apelo Nobre, a parte recorrente defende que o acórdão recorrido dissentiu do entendimento de outros Tribunais, segundo o qual o limite máximo da base de cálculo de 20 salários mínimos para as contribuições dos terceiros, previsto no art. 30. da Lei 6.950/1981, não foi revogado pelo art. 40. do DL 2.318/1986. 4. Com Contrarrazões, seguiu-se juízo positivo de admissibilidade recursal. 5. É o breve relatório. 6. A pretensão recursal encontra apoio na jurisprudência consolidada desta Corte Superior; segundo a base de cálculo das contribuições para fiscais recolhidas por conta de terceiros fica restrito ao limite máximo de 20 salários-mínimos, nos termos do parágrafo único, do art. 40. da Lei 6.950/1981, o qual não foi revogado pelo art. 30. do DL 2.318/1986, que se disciplina as contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social. A propósito, cita-se o seguinte julgado: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 II, DO CPC. AUXÍLIO EDUCAÇÃO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONVÊNIO SAÚDE. LIMITE DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ART. 515, DO CPC. VALORES PAGOS A TÍTULO DE ALUGUÉIS DE IMÓVEIS PARA USO DE EMPREGADOS E PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. QUESTÕES FÁTICAS APRECIADAS PELA ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO § 2º, DO ART. 25, DA LEI N. 8.870/94. ENFOQUE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO TEMA NA VIA ESPECIAL. (...) 3. No período do lançamento que se discute nos autos, tem aplicação o art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 6.950/81, que limita o recolhimento do salário-de-contribuição de vinte vezes o valor do salário-mínimo para o cálculo da contribuição de terceiros. (...) 4. Apelo especial do INSS não provido. 5. Recurso especial da empresa parcialmente conhecido e não-provido. (REsp. 953.742/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, 10.3.2008). 7. No mesmo sentido, seguindo a mesma orientação são as seguintes decisões monocráticas: REsp. 1241362/SC, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 8.11.2017; REsp. 1.439.511/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 25.6.2014. 8. Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial da Contribuinte, a fim de reconhecer que a base de cálculo da contribuição de terceiros fique limitada a 20 salários mínimos, na forma prevista no art. 40. da Lei 6.950/1981, Invertendo-se os ônus sucumbenciais, ficando os honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor da condenação. 9. Publique-se. Intimações necessárias. Brasília (DF), 1º de agosto de 2019. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para autorizar a agravante a recolher contribuições ao INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE, observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se – no que sobejar – a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. NECESSÁRIOS A RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO E O PERIGO DA DEMORA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ÚLTIMO REQUISITO. RECURSO DESPROVIDO.

- Necessários o fundamento relevante e o perigo da demora para a concessão da liminar (artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009). No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso em análise, em que foi suscitado genericamente prejuízo às suas atividades empresariais, em virtude da não expedição de certidão negativa de débitos, sem a sua especificação, para fins de verificação da urgência. Dessa forma, ausente o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, com quem votou a Des. Fed. MARLI FERREIRA. Vencido o Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), que dava parcial provimento ao agravo de instrumento para autorizar a agravante a recolher contribuições ao INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE, observado o valor-limite de 20 salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se, no que sobejar, a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN. Lavrará acórdão o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011422-61.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: BR FARMACEUTICA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011422-61.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: BR FARMACEUTICA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo" que indeferiu o pedido de medida liminar, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quanto às exigências das contribuições ao Sesi, Senai, Sesc, Senac, Senat, Sebrae e Incra, ou subsidiariamente, que tal fato ocorra apenas em relação ao montante que exceder a base de cálculo de vinte salários-mínimos.

Alega, em síntese, que *fumus boni iuris* consiste na inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência ao recolhimento das contribuições destinadas a "terceiros" (Sistema "S" - Sesi, Senai, Sesc, Senac, Senat, Sebrae e Incra), após a entrada em vigor do art. 149, § 2º, da CF/88, na redação dada pela EC nº 33/2001, haja vista que a tese sustentada encontra respaldo em matéria decidida no RE 559.937/RS (submetido ao crivo da repercussão geral) e por diferentes turmas do TR2 e TRF5, em que restou pacificado o entendimento de que o rol de bases de cálculo previsto no art. 149 da CF/88 é taxativo, o que autoriza a aplicação do mesmo raciocínio ao presente caso.

A análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi postergada para após o oferecimento de contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Foi deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

O MPF em seu parecer (ID 143466871) opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO VENCEDOR

Agravo de instrumento interposto por **BR Farmacêutica Ltda.**, contra decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu liminar que objetivava "a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quanto às exigências das contribuições ao FNDE (Salário Educação), INCRA, SEBRAE, SESC e SENAC ou, subsidiariamente, que tal fato ocorra somente em relação a parte que exceder a base de cálculo de vinte salários-mínimos."

O eminente Relator votou no sentido de prover o recurso "para autorizar a agravante a recolher contribuições ao SENAC, SESC, SEBRAE e INCRA, observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se – no que sobejar – a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN." Com a devida vênia, discordo.

A Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 7º, inciso III, dispõe quanto à liminar em mandado de segurança, *verbis*:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

[ressaltei]

Dessa forma, necessários o fundamento relevante e o perigo da demora. No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso, em que foi aduzido genericamente prejuízo, em virtude de se submeter a tributos que reputa indevidos, o que implica aumento da carga tributária. Ademais, caso não proceda ao pagamento, estará sujeita à aplicação de multas mediante a lavratura de autos de infração, bem como ao ajuizamento de execuções fiscais e suas consequências. Assim, não demonstrado o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, voto para **negar provimento ao agravo de instrumento.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011422-61.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: BR FARMACEUTICA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Acerca da constitucionalidade das contribuições combatidas no presente recurso, verifico que esta e. Corte já se pronunciou a respeito, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. INCIDÊNCIA SOBRE FOLHA DE SALÁRIOS. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

- A EC nº 33/2001 não alterou o caput do art. 149, apenas incluiu regras adicionais, entre as quais, a possibilidade de estabelecer alíquotas ad valorem ou específicas sobre as bases ali elencadas de forma não taxativa. O uso do vocábulo “poderão” no inciso III, faculta ao legislador a utilização da alíquota ad valorem, com base no faturamento, receita bruta, valor da operação, ou o valor aduaneiro, no caso de importação. No entanto, trata-se de uma faculdade, o rol é apenas exemplificativo, não existe o sentido restritivo alegado pela impetrante.

- É certo que a Constituição, nas situações em que pretendeu limitar as bases de cálculo elegíveis adotou as expressões “incidente sobre”, “será”, “incidirá”, enquanto a utilização do verbo “poderá” é empregada em hipóteses típicas de mera faculdade, pelo que se deve entender que a EC n. 33/01 seguiu a mesma técnica legislativa.

- Neste ponto a contribuição ao INCRA, que também tem fundamento de validade no art. 149 da Constituição, como contribuição de intervenção no domínio econômico, segue o mesmo raciocínio.

- Ressalte-se que a Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 977.058/RS, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento de que a contribuição do adicional de 0,2% destinado ao INCRA não foi extinta pelas Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91, considerando a sua natureza jurídica de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE).

- Ainda, em relação a contribuição ao INCRA, na condição de contribuição especial atípica, não se aplica a referibilidade direta, podendo ser exigida mesmo de empregadores urbanos.

- Isso porque é constitucionalmente destinada a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não necessariamente é beneficiado com a atuação estatal e nem a ela dá causa, sendo esse o traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas.

- Anota-se que a contribuição SEBRAE, que segue os mesmos moldes da contribuição ao INCRA, foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando já em vigor referida Emenda: STF, RE 396266, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2003, DJ 27-02-2004.

- O mesmo ocorre com as contribuições integrantes do Sistema S, como o Sesc e o Senac, que já foram objeto de análise pelo Colendo STF, no julgamento do AI nº 610247.

- No tocante à cobrança do Salário-Educação, inicialmente, instituída pela Lei 4.440/64, mantida pelo Decreto-lei 1422/75, encontra-se atualmente prevista na Lei 9.424/96. A constitucionalidade da cobrança do tributo segundo tal dispositivo foi atestada na Súmula 732 do Supremo Tribunal Federal.

- Em resumo, inexistente qualquer incompatibilidade de natureza constitucional entre a base de cálculo (folha de salários) das contribuições combatidas e as bases econômicas mencionadas no art. 149, § 2º, inciso III, alínea “a”, do texto constitucional.

- Agravo de instrumento não provido.

(e.TRF -3, AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014248-65.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Monica Nobre, Quarta Turma, data do julgamento 10/06/2020).

Por compartilhar do mesmo entendimento, forçoso admitir que a questão afeta a exigibilidade de tais contribuições não merece maiores discussões.

Quanto ao pedido subsidiário, objetivando autorização para “recolher as Contribuições destinadas ao Sesi, Senai, Sesc, Senac, Senat, Sebrae e Inbra, observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se – no que sobejar - a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN, oportuno observar atentamente o disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81, depreende-se que o legislador estabeleceu limite máximo de 20 salários mínimos para a base de cálculo das contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros, *in verbis*:

“Art 4º - O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único - O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros”.

No entanto, tal limite não se aplica ao cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, em decorrência do que preceitua o Decreto-Lei nº 2.318/86 - que retirou o referido limite para o cálculo da contribuição da empresa, senão vejamos:

“Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981.”

Dessa forma, mesmo tendo havido expressa revogação do referido limite às contribuições previdenciárias, a lei o preservou às contribuições a terceiros.

Nesse sentido, trago julgado recente proferido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no REsp 1.570.980/SP:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 40. DA LEI 6.950/1981 NÃO REVOGADO PELO ART. 30. DO DL 2.318/1986. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela RHODIA BRASIL LTDA., com fulcro na alínea c do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3a. Região, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. MATÉRIA ASSENTADA PELO EXCELSO PRETÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. (fls. 246). 2. Os Embargos de Declaração opostos foram parcialmente acolhidos tão somente para corrigir erro material constante da ementa. 3. Nas razões do Apelo Nobre, a parte recorrente defende que o acórdão recorrido dissentiu do entendimento de outros Tribunais, segundo o qual o limite máximo da base de cálculo de 20 salários mínimos para as contribuições dos terceiros, previsto no art. 3o. da Lei 6.950/1981, não foi revogado pelo art. 4o. do DL 2.318/1986. 4. Com Contrarrazões, seguiu-se juízo positivo de admissibilidade recursal. 5. É o breve relatório. 6. A pretensão recursal encontra apoio na jurisprudência consolidada desta Corte Superior; segundo a base de cálculo das contribuições parafiscais recolhidas por conta de terceiros fica restrito ao limite máximo de 20 salários-mínimos, nos termos do parágrafo único, do art. 4o. da Lei 6.950/1981, o qual não foi revogado pelo art. 3o. do DL 2.318/1986, que se disciplina as contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social. A propósito, cita-se o seguinte julgado: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 II, DO CPC. AUXÍLIO EDUCAÇÃO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONVÊNIO SAÚDE. LIMITE DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ART. 515, DO CPC. VALORES PAGOS A TÍTULO DE ALUGUÉIS DE IMÓVEIS PARA USO DE EMPREGADOS E PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. QUESTÕES FÁTICAS APRECIADAS PELA ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO § 2º, DO ART. 25, DA LEI N. 8.870/94. ENFOQUE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO TEMA NA VIA ESPECIAL. (...) 3. No período do lançamento que se discute nos autos, tem aplicação o art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 6.950/81, que limita o recolhimento do salário-de-contribuição de vinte vezes o valor do salário-mínimo para o cálculo da contribuição de terceiros. (...) 4. Apelo especial do INSS não provido. 5. Recurso especial da empresa parcialmente conhecido e não-provido. (REsp. 953.742/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, 10.3.2008). 7. No mesmo sentido, seguindo a mesma orientação são as seguintes decisões monocráticas: REsp. 1241362/SC, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 8.11.2017; REsp. 1.439.511/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 25.6.2014. 8. Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial da Contribuinte, a fim de reconhecer que a base de cálculo da contribuição de terceiros fique limitada a 20 salários mínimos, na forma prevista no art. 4o. da Lei 6.950/1981, Invertendo-se os ônus sucumbenciais, ficando os honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor da condenação. 9. Publique-se. Intimações necessárias. Brasília (DF), 1º de agosto de 2019. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para autorizar a agravante a recolher contribuições ao Sesi, Senai, Sesc, Senac, Senat, Sebrae e Incra, observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se – no que sobejar – a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. NECESSÁRIOS A RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO E O PERIGO DA DEMORA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ÚLTIMO REQUISITO. RECURSO DESPROVIDO.

- Necessários o fundamento relevante e o perigo da demora para a concessão da liminar (artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009). No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso em análise, em que foi suscitado genericamente prejuízo às suas atividades empresariais, em virtude da não expedição de certidão negativa de débitos, sem a sua especificação, para fins de verificação da urgência. Dessa forma, ausente o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, com quem votou a Des. Fed. MARLI FERREIRA. Vencido o Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), que dava provimento ao agravo de instrumento. Lavrará acórdão o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002115-60.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: APARELHOS DE LABORATORIO MATHIS LTDA

Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002115-60.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: APARELHOS DE LABORATORIO MATHIS LTDA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial e recurso de apelação interposto pela **União** (id 142912348) contra a sentença que, em sede de mandado de segurança, concedeu a ordem, para assegurar o direito da impetrante de excluir o ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como de compensação/restituição do montante pago a maior, observados a prescrição quinquenal e o art. 170-A do CTN, com atualização pela taxa SELIC. Sem honorários advocatícios (id 142912339).

Requer a UF, em preliminar, a suspensão do feito até o trânsito em julgado do RE n.º 574.706/PR (art. 1.040 do CPC). No mérito, sustenta, em síntese, que:

- a) o STJ, no julgamento do REsp n.º 1.144.469/PR, fixou tese quanto à legalidade da inclusão debatida e o tema é objeto das Súmulas n.º 68 n.º 94 daquela corte;
- b) no julgamento do RE n.º 212.209/MG, o STF definiu que a base de apuração do ICMS é o valor da operação e a base do PIS/COFINS é o faturamento, no qual se encontram as parcelas pagas à pessoa jurídica pela venda de mercadorias ou prestação de serviços;
- c) eventual decisão deverá reconhecer o direito à exclusão do montante do ICMS efetivamente pago (a recolher) e não o destacado na nota fiscal;
- d) em razão de a pessoa jurídica ter as suas receitas do período classificadas e agrupadas em bases de cálculos distintas das contribuições ao PIS/COFINS, conforme o Código de Situação Tributária (CST) e em *prestígio* da objetividade necessária para a aplicação do entendimento firmado pelo STF, no caso de a decisão judicial transitada em julgado a ser cumprida não dispor de forma *expressa e diversa o critério de exclusão do ICMS*, tal montante terá de ser proporcionalizado nas diversas bases das contribuições e com observância da proporcionalidade das receitas do período;
- e) é inviável a restituição do indébito na esfera administrativa (Súmula n.º 271 do STF, art. 100 da CF);
- f) não há amparo legal para a compensação com quaisquer tributos, mas apenas da mesma espécie (Leis n.º 11.457/2007 e n.º 13.670/2018).

Pede a atribuição do efeito suspensivo ao presente apelo (art. 1.012, § 4º, do CPC) e a reforma da sentença ou, subsidiariamente, a determinação de exclusão do ICMS a recolher, ou, ainda, que seja readequada a base de apuração do crédito das contribuições em debate.

Contrarrazões registradas sob o id 142912352.

O MPF manifestou-se no sentido do prosseguimento do feito (id 143473445).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002115-60.2019.4.03.6130

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: APARELHOS DE LABORATORIO MATHIS LTDA

Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

OUTROS PARTICIPANTES:

Recebo o apelo interposto e passo ao julgamento.

Prejudicado o pleito de atribuição do efeito suspensivo, à vista do julgamento do recurso.

Inicialmente, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706, para aplicação do entendimento sedimentado, dado que a publicação da respectiva ata de julgamento dá ensejo à sua aplicação (art. 1.035, § 11, do CPC). Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão proferido não comporta efeito suspensivo.

No que toca à argumentação de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da inclusão debatida (REsp n.º 1.144.469/PR), saliente-se que a controvérsia trazida deve ser analisada sob o enfoque da Constituição, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional. Assim, a solução independe do entendimento do STJ.

Outrossim, não merecem acolhida a argumentações referentes à Súmula n.º 271 do STF e art. 100 da CF, uma vez que o que se reconhece na sentença é o eventual direito à compensação/restituição, o qual será concretizada na via administrativa.

No mérito, a controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

A questão da exação estadual já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". *Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.*

Nesse contexto, nos termos explicitados, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial n.º 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário n.º 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*".

O artigo 3º da Lei Complementar n.º 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **17.04.2019**. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, *sponte própria*, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996: [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Alega ainda a fazenda que deve ser deferida a exclusão apenas no que toca aos valores de ICMS efetivamente recolhidos pela empresa (e não o destacado), porém razão não lhe assiste quanto a esse pleito.

O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo). Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris*:

(...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

Assim, haja vista que a determinação da exclusão do ICMS destacado na respectiva nota fiscal está embasada no julgamento do paradigma proferido pelo STF, o qual esgotou a matéria, não merecem guarida as demais argumentações concernentes ao *critério de exclusão do ICMS*. Aplica-se o mesmo entendimento no que toca à alegação da necessidade de readequação da base de apuração do crédito das contribuições em debate.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **declaro prejudicado** o pleito de atribuição do efeito suspensivo, **rejeito a matéria preliminar e dou parcial provimento** ao apelo da **União** e ao **reexame necessário**, apenas para determinar que a compensação deferida seja efetivada com as limitações explicitadas. Mantida, no mais, a sentença.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REMESSA OFICIAL. APELAÇÃO CÍVEL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. PIS E COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- Observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706, para aplicação do entendimento sedimentado, dado que a publicação da respectiva ata de julgamento dá ensejo à sua aplicação (art. 1.035, § 11, do CPC). Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão proferido não comporta efeito suspensivo.

- No que toca à argumentação de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da inclusão debatida (REsp n.º 1.144.469/PR), saliente-se que a controvérsia trazida deve ser analisada sob o enfoque da Constituição, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional. Assim, a solução independe do entendimento do STJ.

- Não merecem acolhida a argumentações referentes à Súmula n.º 271 do STF e art. 100 da CF, uma vez que o que se reconhece na sentença é o eventual direito à compensação/restituição, o qual será concretizada na via administrativa.

- No mérito, a controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. A questão da exação estadual já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574.706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

- No que se refere à compensação, *in casu*, deve ser aplicada a Lei n.º 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei n.º 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n.º 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n.º 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18).

- Alega ainda a fazenda que deve ser deferida a exclusão apenas no que toca aos valores de ICMS efetivamente recolhidos pela empresa (e não o destacado), porém razão não lhe assiste quanto a esse pleito. O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo). Ademais, no julgamento do RE n.º 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris*: (...) *conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.*

Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n.º 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- **Apelo da UF e remessa oficial a que se dá parcial provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu declarar prejudicado o pleito de atribuição do efeito suspensivo, rejeitar a matéria preliminar e dar parcial provimento ao apelo da União e ao reexame necessário, apenas para determinar que a compensação deferida seja efetivada com as limitações explicitadas. Mantida, no mais, a sentença, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033792-34.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

REPRESENTANTE: VERA LUCIA DA SILVA

AGRAVANTE: DOMINGAS VERA DA SILVA

Advogado do(a) AGRAVANTE: VANESSA DA SILVA RODRIGUES - SP262857,

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por DOMINGAS VERA DA SILVA contra decisão proferida pelo MM. Juiz "a quo" que deixou de apreciar o pedido emergencial, postergando sua análise após a manifestação da Agravada.

Requer a concessão da antecipação da tutela recursal.

DECIDO.

Nada obsta a apreciação do pedido da tutela de urgência em momento posterior a apresentação da contestação, haja vista que este movimento visa a prestigiar a formação de convicção do magistrado quanto à verossimilhança do direito alegado.

Destaco que não há ilegalidade no ato que posterga a apreciação da tutela, haja vista que, no âmbito do poder geral de cautela, a oitiva da parte contrária, por vezes, é necessária para a construção da decisão provisória.

No sentido exposto, calha transcrever aresto que porta a seguinte ementa, "in verbis":

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. APRECIÇÃO DO PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR APÓS A VINDA DAS INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE IMPETRADA. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUÍZO EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. ARTIGO 5º, LV, CF. CONCESSÃO DA LIMINAR EM SEDE DE AGRAVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

O Magistrado tem o poder geral de cautela, com livre arbítrio para postergar o exame de liminar após a vinda das informações, se assim entender necessário, por prudência e obediência ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, CF).

O entendimento do Juízo singular que a documentação instrutória da ação mandamental restava insuficiente a comprovar de plano o direito líquido e certo do impetrante.

Não pode o Tribunal, em sede de agravo, conceder medida liminar em mandado de segurança sob pena de supressão de instância.

Agravo de instrumento improvido."

(TRF 3, AG nº 200403000737449, 6ª Turma, relator Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU de 21.05.2005, pág. 208, unânime)

Por fim, destaco que não pode este e. Tribunal apreciar a questão, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Ainda sobre a questão posta neste recurso, transcrevo a seguinte ementa, "in verbis":

"MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PRETENDIDA SUSPENSÃO PELA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. LIMINAR. APRECIÇÃO APÓS AS INFORMAÇÕES. ATO JUDICIAL SEM CARGA DECISÓRIA. QUESTÃO COMPETENCIAL. EXAME PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO CONHECIMENTO.

O despacho do juiz que difere o exame de liminar requerida em ação de mandado de segurança para após a vinda das informações, mantendo, todavia, o status que ante da situação, configura despacho de mero expediente, não desafiando, por isso, recurso de agravo de instrumento.

Competência.

Questão que deve ser apreciada pelo juiz de primeiro grau, por isso que pendente o exame do pedido de liminar, momento em que poderá dessa questão cuidar, com os subsídios das informações da autoridade apontada como coatora.

Agravo não conhecido."

(TRF 1, AG nº 200501000098427, relator Des. Fed. DANIEL PAES RIBEIRO, 6ª Turma)

Com essas considerações, não conheço do recurso, nos termos do artigo 932, III, do Código de Processo Civil.

Dê-se ciência desta decisão, com urgência, ao MM. Juízo "a quo".

Intime-se.

Após, remetam-se os autos à vara de origem.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001132-56.2018.4.03.6143

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HANNA INDUSTRIA MECANICA LTDA

Advogado do(a) APELADO: LEONARDO DE ANDRADE - SP225479-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001132-56.2018.4.03.6143

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HANNA INDUSTRIA MECANICA LTDA

Advogado do(a) APELADO: LEONARDO DE ANDRADE - SP225479-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial e recurso de apelação interposto pela **União** (id 141541992) contra a sentença que, em sede de mandado de segurança, concedeu a ordem, para reconhecer o direito da impetrante de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como de compensação do montante pago a maior, observados a limitação imposta pelo art. 26-A da Lei n.º 11.457/07, a prescrição quinquenal e o art. 170-A do CTN, com atualização monetária pela taxa SELIC. Sem honorários advocatícios (id 141541989).

Requer a UF, em preliminar, a suspensão do feito até o trânsito em julgado do RE n.º 574.706/PR, em relação ao qual opôs embargos de declaração. No mérito, sustenta, em síntese, que:

a) a jurisprudência, a doutrina e a evolução da legislação pátria apontam no rumo da máxima amplitude para o conceito de faturamento (arts. 195 e 239 da CF). A inclusão debatida é absolutamente constitucional e legal e inexistente norma exonerativa;

b) a parcela do ICMS, embutida no preço da mercadoria, compõe esse preço e é um dos elementos formadores do faturamento da empresa. É pacífica a jurisprudência do STJ quanto ao tema (REsp n.º 1.144.469/PR). Devem ser observadas as disposições da Lei n.º 12.973/2014, a qual trouxe alterações às Leis n.º 9.718/98, n.º 10.637/2002 e n.º 10.833/2003.

Pede a reforma do julgado.

Contrarrazões registradas sob o id 141541997.

O MPF manifestou-se no sentido do regular prosseguimento do feito (id 141691160).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001132-56.2018.4.03.6143

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HANNA INDUSTRIA MECANICA LTDA

Advogado do(a) APELADO: LEONARDO DE ANDRADE - SP225479-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo o apelo e passo ao julgamento.

Inicialmente, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706, para aplicação do entendimento sedimentado, dado que a publicação da respectiva ata de julgamento dá ensejo à sua aplicação (art. 1.035, § 11, do CPC). Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão proferido não comporta efeito suspensivo.

No que toca à argumentação de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da inclusão debatida (REsp n.º 1.144.469/PR), saliente-se que a controvérsia trazida deve ser analisada sob o enfoque da Constituição, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional. Assim, a solução independe do entendimento do STJ.

No mérito, a controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

A questão da exação estadual já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, nos termos explicitados, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **Mai/2018**. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO_ TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: " Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da impetração do *mandamus*, como assinalado pelo Juízo a quo.

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em **2018**, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º. DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsp 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **rejeito a matéria preliminar e nego provimento** ao apelo da **União** e à **remessa oficial**.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REMESSA OFICIAL. APELAÇÃO CÍVEL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. PIS E COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

- Observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706, para aplicação do entendimento sedimentado, dado que a publicação da respectiva ata de julgamento dá ensejo à sua aplicação (art. 1.035, § 11, do CPC). Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão proferido não comporta efeito suspensivo.

- No que toca à argumentação de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da inclusão debatida (REsp n.º 1.144.469/PR), saliente-se que a controvérsia trazida deve ser analisada sob o enfoque da Constituição, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional. Assim, a solução independe do entendimento do STJ.

- No mérito, a controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. A questão da exação estadual já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*". *Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.*

- *No que se refere à compensação, in casu*, deve ser aplicada a Lei n.º 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei n.º 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda, como assinalado pelo Juízo *a quo*.

- A ação foi proposta em 2018, após a entrada em vigor da LC n.º 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- **Apelo da UF e remessa oficial a que se nega provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a matéria preliminar e negar provimento à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000433-12.2019.4.03.6117

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: HERNANDEZ & MARTINS COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: RICARDO DE OLIVEIRA ROMAO - SP197493-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS - CRECI 2ª REGIAO/SP

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIS DE CAMARGO ARANTES - SP222450-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000433-12.2019.4.03.6117

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: HERNANDEZ & MARTINS COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: RICARDO DE OLIVEIRA ROMAO - SP197493-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS - CRECI 2ª REGIAO/SP, CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DE SP - CRECI 2ª REGIÃO, PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - CRECI DA 2ª REGIÃO - SÃO PAULO,

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIS DE CAMARGO ARANTES - SP222450-A

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIS DE CAMARGO ARANTES - SP222450-A

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIS DE CAMARGO ARANTES - SP222450-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por HERNANDEZ & MARTINS COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA. (id 127531605) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, no qual objetiva o cancelamento da sua inscrição no referido conselho profissional, com efeitos retroativos à data do requerimento administrativo formulado em 11 de janeiro de 2019, denegou a ordem (id 127531601).

Alega, em síntese, que não exerce as atividades de intermediação imobiliária, razão pela qual a sentença deve ser reformada, a fim de que sua inscrição no CRECI seja cancelada e não haja mais cobrança de mensalidades e anuidades.

Contrarrazões apresentadas (id 127531612).

O MPF se manifestou no sentido de que seja dado provimento ao recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000433-12.2019.4.03.6117

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: HERNANDEZ & MARTINS COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: RICARDO DE OLIVEIRA ROMAO - SP197493-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS - CRECI 2ª REGIAO/SP, CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DE SP - CRECI 2ª REGIÃO, PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - CRECI DA 2ª REGIÃO - SÃO PAULO,

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIS DE CAMARGO ARANTES - SP222450-A

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIS DE CAMARGO ARANTES - SP222450-A

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIS DE CAMARGO ARANTES - SP222450-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente impetração objetiva concessão de ordem de cancelamento da inscrição da impetrante no CRECI, com efeitos retroativos à data do requerimento administrativo formulado em 11.01.2019.

A Lei nº 6.530/1978, que regulamenta a profissão de corretor de imóveis, disciplina o funcionamento de seus órgãos de fiscalização e dá outras providências estabelece em seus artigos 3º e 24:

Art 3º Compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária.

Parágrafo único. As atribuições constantes deste artigo poderão ser exercidas, também, por pessoa jurídica inscrita nos termos desta lei.

Art 24. Esta lei será regulamentada no prazo de trinta dias a partir da sua vigência.

O Decreto nº 81.871/1978, que regulamenta a Lei nº 6.530/1978, dispôs em seus artigos 2º, 3º e 10:

Art 2º Compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis e opinar quanto à comercialização imobiliária.

Art 3º As atribuições constantes do artigo anterior poderão, também, ser exercidas por pessoa jurídica, devidamente inscrita no Conselho Regional de Corretores de Imóveis da Jurisdição.

Parágrafo único. O atendimento ao público interessado na compra, venda, permuta ou locação de imóvel, cuja transação esteja sendo patrocinada por pessoa jurídica, somente poderá ser feito por Corretor de Imóveis inscrito no Conselho Regional da jurisdição.

Art 10. Compete ao Conselho Federal:

III - exercer função normativa, baixar Resoluções e adotar providências indispensáveis à realização dos objetivos institucionais;

A Resolução nº 327 de 25/06/1992 do Conselho Federal de Corretores de Imóveis - COFECI, que revê, consolida e estabelece normas para inscrição de pessoas físicas e jurídicas nos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis, estabelece em seus artigos 1º e 47, *verbis*:

Art. 1º - Constituem atos privativos da profissão de Corretor de Imóveis os de intermediação nas transações em geral sobre imóveis, inclusive, na compra e venda, promessa de venda, cessão, promessa de cessão, permuta, incorporação, loteamento e locação.

(...)

Art. 47 - O cancelamento da inscrição principal ou secundária poderá ser determinado a critério do Plenário do Regional:

I - a pedido da pessoa física ou jurídica, juntando ao requerimento, respectivamente, carteira e cédula de identidade profissional ou certificado de inscrição;

II - "ex-officio", no caso de morte da pessoa física ou extinção da pessoa jurídica;

III - em decorrência de aplicação da penalidade do artigo 21, V, da Lei N.º 6.530, de 12 de maio de 1978, à pessoa física ou jurídica.

§ 1º - No caso do inciso I, o Conselho Regional, para conceder o cancelamento, verificará se a pessoa física ou jurídica está quite com anuidades e multas que lhe tenham sido aplicadas e com a contribuição sindical obrigatória e, no caso específico de pessoa jurídica, se foi suprimido de seu contrato social o objetivo de intermediação imobiliária, inclusive os atos referidos no artigo 1º desta Resolução.

No caso, segundo o contrato social da impetrante, o objetivo da sociedade é o "comércio varejista de automóveis, camionetas e utilitários usados/estacionamento, aluguel de imóveis próprios, locação de automóveis sem condutor, e a compra e venda de imóveis próprios".

Constata-se, assim, que entre as atividades exercidas pela empresa não está a intermediação de negociação de imóveis, como exige o artigo 3º da Lei nº 6.530/1978, eis que está relacionada a imóveis próprios. Assim, a sentença deve ser reformada, uma vez que inexistiu óbice ao cancelamento do registro por ausência de previsão legal (artigo 5º, inciso II, da CF/88). Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. EMPRESA QUE ADMINISTRA IMÓVEIS PRÓPRIOS. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE IMÓVEIS. DESNECESSIDADE.

1. A obrigatoriedade de registro nos Conselhos Profissionais, nos termos da legislação específica (Lei n. 6.839/80, art. 1º), vincula-se à atividade básica ou natureza dos serviços prestados.

3. A pessoa, física ou jurídica, que compra, vende ou loca imóveis próprios, não exerce atividade privativa de corretor de imóveis, sendo desnecessária sua inscrição junto ao CRECI/SP. Precedentes. 4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO 5019612- 17.2018.4.03.6100, Relator Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 19/03/2020, Intimação via sistema DATA: 23/03/2020)

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS-CRECI/SP. PESSOA JURÍDICA. ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS PRÓPRIOS. INSCRIÇÃO NO CRECI. INEXIGIBILIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

- O pressuposto para o registro no órgão de fiscalização profissional é a atividade básica exercida pela empresa, nos termos do disposto no art. 1º, da Lei n.º 6.839/80.

- Por sua vez, o art. 3º, da Lei n.º 6.530/78, dispõe que "compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de Imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária", atribuições que também podem ser exercidas por pessoa jurídica, nos termos da lei, consoante dita o parágrafo único do mesmo artigo.

- No caso concreto, a MAKM, apelada, comprova que seu objeto social é a "exploração do ramo da atividade de gestão de bens próprios" (cláusula II, ID 27280180 – pág. 45).

- A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que a pessoa, física ou jurídica, que compra, vende ou loca imóveis próprios, não exerce atividade privativa de corretor de imóveis, sendo desnecessária sua inscrição junto ao CRECI/SP.

- Apelação improvida. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL 5002486-12.2018.4.03.6113, Relatora Desembargadora Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 03/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 05/03/2020)

Acresça-se que não há óbice à admissão do contrato social da empresa como prova hábil a demonstrar as atividades que desenvolve, ainda mais no caso que a autoridade impetrada não as contesta, mas somente pretende enquadrá-las na sua competência de fiscalização.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO**, para reformar a sentença e conceder a ordem a fim de cancelar a inscrição da impetrante no Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado de São Paulo - CRECI 2ª Região a partir da data do requerimento administrativo (11.01.2019 - id 127531518). Sem honorários nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/09. Custas *ex lege*.

É como voto.

..

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PESSOA JURÍDICA QUE COMERCIALIZA IMÓVEIS PRÓPRIOS. INSCRIÇÃO NO CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRECI 2ª REGIÃO. INEXIGIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

- No caso, segundo o contrato social da impetrante, o objetivo da sociedade é o "comércio varejista de automóveis, camionetas e utilitários usados/estacionamento, aluguel de imóveis próprios, locação de automóveis sem condutor, e a compra e venda de imóveis próprios".

- Constata-se, assim, que entre as atividades exercidas pela empresa não está a intermediação de negociação de imóveis, como exige o artigo 3º da Lei nº 6.530/1978, eis que está relacionada a imóveis próprios. Assim, a sentença deve ser reformada, uma vez que inexistiu óbice ao cancelamento do registro por ausência de previsão legal (artigo 5º, inciso II, da CF/88). Precedentes desta corte regional.

- Acresça-se que não há óbice à admissão do contrato social da empresa como prova hábil a demonstrar as atividades que desenvolve, ainda mais no caso que a autoridade impetrada não as contesta, mas somente pretende enquadrá-las na sua competência de fiscalização.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à apelação, para reformar a sentença e conceder a ordem a fim de cancelar a inscrição da impetrante no Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado de São Paulo - CRECI 2ª Região a partir da data do requerimento administrativo (11.01.2019 - id 127531518). Sem honorários nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/09. Custas *ex lege*, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5013149-88.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: EXECUTION COMUNICACAO S.A.

Advogado do(a) APELANTE: LUIS AUGUSTO DA SILVA GOMES - SP154138-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Apeleção interposta por EXECUTION COMUNICAÇÃO S/A., com pedido de tutela antecipada recursal (Id. 146983042), com fundamento nos artigos 300 e 311 do Código de Processo Civil, para que seja determinada a suspensão provisória da exigibilidade do crédito tributário e autorizado o recolhimento das contribuições ao PIS e COFINS, sem a inclusão das próprias contribuições e do ISS em sua base de cálculo.

Trata-se na origem de mandado de segurança (Id. 146982913) impetrado como objetivo de ser reconhecido:

(iv) (...) que as parcelas relativas ao ISS e às próprias contribuições não se incluem nas bases de cálculo do PIS/COFINS, por ofensa às disposições expressas aos artigos 5º, II e XXXV, 145, §1º, 150, I e 195, I da Constituição Federal, ordenando-se que a autoridade coatora se abstenha da prática de qualquer ato tendente à restrição do direito líquido e certo da Impetrante, mantendo-se inalterada a tomada de créditos pela Impetrante;

(v) ao impetrante o direito de compensar o indébito decorrente da inclusão, nas bases de cálculo das contribuições, do ISS e do PIS/COFINS pagos nos últimos 60 (sessenta) meses, devidamente atualizados (SELIC), com futuros créditos tributários decorrentes de fatos geradores que venham a ocorrer no futuro, referentes a tributos administrados pela Receita Federal (art. 74 da Lei nº 9.430/96), mantendo-se inalterada a tomada de créditos pela Impetrante.

O pedido medida liminar foi indeferido (Id. 146982926). Processado o feito, sobreveio sentença que julgou improcedente o pedido e denegou a segurança, nos seguintes termos (Id. 146983034):

"Pelas mesmas razões já expostas em relação ao ISSQN, não cabe aplicar ao caso o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no RE n.º 574.706/PR, que diz respeito à exclusão do ICMS, em razão de suas peculiaridades já citadas, regime constitucional de não-cumulatividade plena e sua condição de tributo indireto, incidente sobre o consumo e destacado do faturamento.

Ademais, não se pode deixar de acrescentar que o próprio Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido de que o cálculo de tributos "por dentro" - ou seja, incluindo o valor pago a título do tributo em sua própria base de cálculo - não é irregular nem inconstitucional. Confira-se:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas n.ºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência. 1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente. 2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice. 3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento). 4. Agravo regimental não provido.

(STF. ARE 897254 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 11-12-2015 PUBLIC 14-12-2015)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA DEVIDO PELA PESSOA JURÍDICA (IRPJ). APURAÇÃO PELO REGIME DE LUCRO REAL. DEDUÇÃO DO VALOR PAGO A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. PROIBIÇÃO. ALEGADAS VIOLAÇÕES DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 153, III), DA RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR DE NORMAS GERAIS (ART. 146, III, A), DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA (ART. 145, § 1º) E DA ANTERIORIDADE (ARTS. 150, III, A E 195, § 7º). 1. O valor pago a título de contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL não perde a característica de corresponder a parte dos lucros ou da renda do contribuinte pela circunstância de ser utilizado para solver obrigação tributária. 2. É constitucional o art. 1º e par. ún. da Lei 9.316/1996, que proíbe a dedução do valor da CSLL para fins de apuração do lucro real, base de cálculo do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento.

(STF. RE 582525, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-026 DIVULG 06-02-2014 PUBLIC 07-02-2014)

O raciocínio efetuado pela Suprema Corte no que tange ao ICMS e à CSLL aplica-se igualmente ao presente caso, independentemente da previsão expressa, tendo em vista o já discutido conceito de faturamento.

Assim sendo, a exclusão da base de cálculo pretendida pela impetrante não é compatível com o regime jurídico aplicável ao caso, motivo pelo qual o seu pleito não merece acolhimento.

DISPOSITIVO

Em face do exposto, **julgo improcedentes os pedidos formulados, denegando a segurança**, e, assim, extingo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil/2015.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009.

Custas devidas pela parte impetrante, já recolhidas (ID 35961056).

Sentença não sujeita à remessa necessária.

Publique-se. Registre-se. Intime-se".

Sustenta, em síntese, que:

a) a relevância dos fundamentos jurídicos decorre dos argumentos tecidos nas razões recursais, corroborados pelas decisões proferidas nos Recursos Extraordinários 240.785/MG e 574.706/PR (repercussão geral), relativo ao reconhecimento da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, que é totalmente aplicável à situação ora tratada;

b) há tese pacificada no RE 574.706/PR, na forma do inciso II do artigo 311 do CPC e, portanto, condição autorizadora à concessão da tutela da evidência;

c) a apelante apresentou documentos e invocou fundamentos jurídicos que demonstram cabalmente a ilegalidade da inclusão do PIS/COFINS na base de cálculo das próprias contribuições, aptos a demonstrar o *fumus boni iuris*;

d) o STF definiu no RE 574.706/PR que receita é o produto da venda de mercadorias e prestação dos serviços, com exclusão dos tributos sobre ela incidentes, como é o caso do PIS/COFINS e ISS e os fundamentos ali veiculados são, por definição, perfeitamente aplicáveis ao caso em análise;

e) a inclusão do imposto e contribuições na base de cálculo do PIS/COFINS representa ofensa à capacidade contributiva, porquanto o contribuinte se vê compelido a pagar tributo incidente sobre parcela da receita que efetivamente não lhe aproveita e que apenas transitará em sua contabilidade, o que é injustificável diante do princípio da capacidade contributiva;

f) o deferimento da medida liminar pleiteada não causará qualquer risco de dano irreversível à Fazenda Nacional, visto que se for reconhecida a legalidade dos créditos tributários, poderá cobrá-los com todos os acréscimos moratórios cabíveis e correção monetária.

Quanto ao risco de dano, afirma, em suma, que:

- a) o *periculum in mora* decorre do fato de permanecer com o recolhimento do PIS e COFINS sobre base de cálculo majorada e manifestamente indevida e da possibilidade de ineficácia da ordem judicial, se concedida, porquanto somente ao final do processo poderá reaver os valores pagos por meio de compensação;
- b) caso opte por não recolher os tributos em discussão, ou compensar os valores indevidos, estará sujeita a eventuais autuações fiscais, com a imposição de penalidades pecuniárias elevadas;
- c) à vista dos relevantes fundamentos que embasam a tese defendida, exigir da apelante o recolhimento de tributos patentemente inconstitucionais, para depois submetê-la a um processo lento de restituição/compensação, implica onerar a sua atividade;
- d) caso a tutela de urgência não seja deferida, terá que se subordinar a um longo prazo para ver restituídos/compensados os tributos que, por força do ato coator, recolheu ilegalmente;
- e) admitir a sistemática de cálculo do PIS/COFINS combatida é manter uma carga tributária para a atividade da apelante e os próprios consumidores finais e esse impacto econômico, somado à crise que o país que enfrenta, contribui para a regressão no setor, mantém o nível da inflação e diminui a geração de empregos, o que prejudica ainda mais o crescimento econômico do país.

É o relatório.

Decido.

A antecipação da tutela encontra fundamento nos artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da nova lei processual civil assim estabelecem

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

Destarte, a outorga da antecipação da tutela recursal é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifiquem, acerca da tutela de urgência, elementos que demonstrem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documental e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Segundo o impetrante, o presente caso deve ser alinhado ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*", para possibilitar a exclusão do ISS, PIS e COFINS da base das contribuições em discussão. Entretanto, as situações jurídicas são similares, mas não idênticas. O artigo 1.036 do CPC, que trata dos procedimentos previstos para o julgamento de recursos repetitivos, estabelece que os temas serão afetados sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais que digam respeito a idênticas questões de direito, e não semelhantes.

No presente caso, discute-se a inconstitucionalidade e ilegalidade da inclusão dos valores pagos a título de ISS, PIS e COFINS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ao passo que no paradigma a questão foi centrada na possibilidade jurídica de se incluir todo o valor do ICMS na definição de faturamento, para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS, por se tratar de tributo sujeito ao regime não cumulativo, sistemática na qual a escrituração contém, de forma regular, parcela ainda a compensar do referido imposto.

A aplicação do paradigma a casos similares é autorizada apenas por ocasião do julgamento de apelação, em cognição exauriente, momento em que há a análise aprofundada das razões recursais, mas não para fins de concessão de tutela de urgência, pois a decisão é proferida em juízo de cognição sumária, na qual é verificada tão somente a presença dos requisitos autorizadores, previstos no artigo 300 do CPC. Portanto, para tais casos, é exigida a identidade das matérias.

Cabe destacar que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a repercussão geral dos temas "*inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS*" no RE 592616 e "*inclusão da COFINS e da contribuição ao PIS em suas próprias bases de cálculo*" no RE nº 1233096, mas em nenhum dos casos ocorreu a apreciação do mérito. Desse modo, à vista da pendência de julgamento dos mencionados recursos (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

No que se refere ao *periculum in mora*, afirma que a não concessão da medida implicará recolhimento das exações sobre base de cálculo majorada, para somente ao final do processo reaver os valores que, por força do ato coator, pagou ilegalmente e que a sistemática de cálculo onera a carga tributária fato que, somado à atual crise, contribui com a regressão no setor, manutenção do nível da inflação e diminuição da geração de empregos. Aduz estará sujeita a autuações fiscais, com a imposição de penalidades, caso opte por não efetuar o recolhimento os valores em discussão.

O dano precisa ser atual, presente e determinado, o que não ocorre no caso, em que as alegações são genéricas e abstratas e não há especificação de fato concreto para fins de análise da urgência. Nesse sentido, consoante entendimento jurisprudencial, a concessão de medidas de urgência exige a demonstração de prejuízo real e objetivo e não se pode fundamentar em meras alegações de risco presumido. Confira-se:

AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA - PRETENSÃO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU O PEDIDO, DIANTE DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. INSURGÊNCIA DO REQUERENTE.

1. A atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinários reveste-se de caráter excepcional, justificando-se apenas diante da presença de elementos que demonstrem a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (CPC/15, arts. 300, 995 e 1.029, § 5º, I).

1.1. Na hipótese dos autos, não se evidenciou a configuração do fumus boni iuris, pois, em sede de cognição sumária, infere-se ausente a plausibilidade de êxito do agravo em recurso especial, porquanto, perfunctoriamente, verifica-se que a pretensão recursal demanda a análise do acervo fático e probatório dos autos, providência obstada pela Súmula 7 do STJ.

1.2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o risco de dano apto a lastrear medidas de urgência, analisado objetivamente, deve revelar-se real e concreto, não sendo suficiente, para tal, a mera conjectura de riscos, tal como posto pelo requerente. Ausente, também, o requisito do periculum in mora.

2. Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt no TP 1.477/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 22/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA PETIÇÃO. PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. EXAME DE ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COMPETÊNCIA DO STJ (ART. 1.029, § 5º, I, DO CPC/2015). TUTELA DE URGÊNCIA. EXIGÊNCIA DA PRESENÇA CUMULATIVA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PERICULUM IN MORA. HIPÓTESE EXCEPCIONAL NÃO DEMONSTRADA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A orientação consolidada nesta Corte Superior é no sentido de que a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial deve satisfazer cumulativamente os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, atualmente tratada como tutela de urgência nos termos do art. 300 do CPC/2015, além da prévia análise da admissibilidade do recurso especial pela Corte de origem. A ausência de qualquer dos requisitos referidos obsta a referida pretensão.

2. Nesse sentido: AgInt no TP 1.658/TO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 13/12/2018; (AgInt no TP 1.455/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/2018, DJe 04/10/2018).

3. A decisão agravada indeferiu o pedido de tutela provisória que visava atribuição de efeito suspensivo recurso especial, por ausência de comprovação de risco de dano jurídico irreversível (fls. 1.004/1.008), entre outros fundamentos, pelo fato de o acórdão recorrido e os embargos de declaração terem sido proferidos pelo Tribunal de origem no ano de 2016 e, até o presente momento, inexistir nos autos qualquer elemento que indique a execução do julgado, ainda que de maneira provisória.

4. Com efeito, embora o ora agravante sustente que o *periculum in mora* seja intrinsecamente ligado "ao remanejamento de servidores e ao desenvolvimento das atividades na SEGOV, demandando o treinamento e a adaptação dos servidores remanejados em seus novos postos de trabalho (fl. 1.096), a jurisprudência desta Corte Superior "é no sentido de que o **risco de dano apto a lastrear medidas de urgência, analisado objetivamente, deve revelar-se real e concreto, não sendo suficiente, para tal, a mera conjectura de riscos, tal como posto pelo requerente**" (excerto da ementa do AgInt no TP 1.477/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 22/08/2018).

5. Agravo Interno não provido.

(STJ, AgInt na Pet 12.234/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019)

Saliente-se que há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC 20.630/MS, AgRg na MC 17.677/RJ, AgRg na MC 14.052/SP e AgRg na MC 13.052/RJ) e desta 4ª Turma (AI 0026670-65.2014.4.03.0000) segundo os quais a simples exigibilidade de tributo não caracteriza o perigo da demora.

Constata-se que as demais alegações não dizem respeito à urgência, mas ao mérito da controvérsia. Destarte, a ausência de um dos requisitos anteriormente explicitados não legitima a providência almejada e torna inviável a concessão da medida pleiteada. No que diz respeito aos argumentos referentes ao mérito da apelação apresentada, deverão nela ser apreciados, em juízo de cognição exauriente. Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DESPESAS COM FOLHA DE PAGAMENTO. ADEQUAÇÃO AO LIMITE DOS GASTOS COM DESPESAS DE PESSOAL DO PODER EXECUTIVO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA A CONCESSÃO DA TUTELA PRETENDIDA. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De acordo com o exposto no art. 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

2. Ausente um dos requisitos deve ser indeferida a concessão da tutela de urgência.

3. Hipótese em que não foi possível identificar de plano a probabilidade do direito invocado, ante as peculiaridades constantes na Legislação Complementar estadual n. 127/1994 que em seu art. 3º dispõe que as despesas serão empenhadas pelo Poder Executivo.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no RMS 60.238/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 27/06/2019)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NA TUTELA PROVISÓRIA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. TUTELA DE URGÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. AUSÊNCIA DA PROBABILIDADE DO DIREITO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Ausentes os requisitos do art. 300, caput, do Código de Processo Civil, porquanto não se verifica, em cognição sumária, suficiente relevância na fundamentação a ensejar a concessão da tutela de urgência pretendida.

III - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Agravo Interno improvido.

(AgInt no TP 1.486/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)

Ante o exposto, à vista da ausência dos requisitos autorizadores, indefiro o **PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL** e recebo a apelação interposta (Id. 146983042) apenas no efeito devolutivo, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005945-97.2019.4.03.6109

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PRO MODA TEXTIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: CESAR MAURICIO ZANLUCHI - SP185181-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005945-97.2019.4.03.6109

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PRO MODA TEXTIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: CESAR MAURICIO ZANLUCCHI - SP185181-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial e recurso de apelação interposto pela **União** (id 142794129) contra a sentença que, em sede de mandado de segurança, julgou procedente o pedido e concedeu a ordem, para assegurar o direito da impetrante de excluir o ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como de compensação do montante pago a maior, observados a prescrição quinquenal e o art. 170-A do CTN, com atualização pela taxa SELIC. Sem honorários advocatícios (id 142794125).

Requer a UF, em preliminar, a suspensão do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos no RE n.º 574.706/PR (art. 1.040 do CPC). No mérito, sustenta, em síntese, que:

- a) o STJ, no julgamento do REsp n.º 1.144.469/PR, fixou tese quanto à legalidade da inclusão debatida e o tema é objeto das Súmulas n.º 68 n.º 94 daquela corte;
- b) no julgamento do RE n.º 212.209/MG, o STF definiu que a base de apuração do ICMS é o valor da operação e a base do PIS/COFINS é o faturamento, no qual se encontram as parcelas pagas à pessoa jurídica pela venda de mercadorias ou prestação de serviços;
- c) eventual decisão deverá reconhecer o direito à exclusão do montante do ICMS efetivamente pago (a recolher) e não o destacado na nota fiscal;
- d) em razão de a pessoa jurídica ter as suas receitas do período classificadas e agrupadas em bases de cálculos distintas das contribuições ao PIS/COFINS, conforme o Código de Situação Tributária (CST) e em *prestígio* da objetividade necessária para a aplicação do entendimento firmado pelo STF, no caso de a decisão judicial transitada em julgado a ser cumprida não dispor de forma *expressa e diversa o critério de exclusão do ICMS*, tal montante terá de ser proporcionalizado nas diversas bases das contribuições e com observância da proporcionalidade das receitas do período;
- e) e não há amparo legal para a compensação com quaisquer tributos, mas apenas da mesma espécie (Leis n.º 11.457/2007 e n.º 13.670/2018).

Pede a atribuição do efeito suspensivo ao presente apelo (art. 1.012, § 4º, do CPC) e a reforma da sentença ou, subsidiariamente, a determinação de exclusão do ICMS a recolher, ou, ainda, que seja reajustada a base de apuração do crédito das contribuições em debate.

Contrarrazões registradas sob o id 142794133.

O MPF manifestou-se no sentido do prosseguimento do feito (id 143003031).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005945-97.2019.4.03.6109

APELADO: PRO MODA TEXTIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: CESAR MAURICIO ZANLUCHI - SP185181-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo o apelo interposto e passo ao julgamento.

Prejudicado o pleito de atribuição do efeito suspensivo, à vista do julgamento do recurso.

Inicialmente, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706, para aplicação do entendimento sedimentado, dado que a publicação da respectiva ata de julgamento dá ensejo à sua aplicação (art. 1.035, § 11, do CPC). Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão proferido não comporta efeito suspensivo.

No que toca à argumentação de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da inclusão debatida (REsp n.º 1.144.469/PR), saliente-se que a controvérsia trazida deve ser analisada sob o enfoque da Constituição, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional. Assim, a solução independe do entendimento do STJ.

No mérito, a controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

A questão da exação estadual já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, nos termos explicitados, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial n.º 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário n.º 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*".

O artigo 3º da Lei Complementar n.º 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **04.12.2019**. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Alega ainda a fazenda que deve ser deferida a exclusão apenas no que toca aos valores de ICMS efetivamente recolhidos pela empresa (e não o destacado), porém razão não lhe assiste quanto a esse pleito.

O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo). Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris*:

(...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

Assim, haja vista que a determinação da exclusão do ICMS destacado na respectiva nota fiscal está embasada no julgamento do paradigma proferido pelo STF, o qual esgotou a matéria, não merecem guarida as demais argumentações concernentes ao *critério de exclusão do ICMS*. Aplica-se o mesmo entendimento no que toca à alegação da necessidade de reajustamento da base de apuração do crédito das contribuições em debate.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos REsp 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **declaro prejudicado** o pleito de atribuição do efeito suspensivo, **rejeito a matéria preliminar** e **dou parcial provimento ao apelo da União** e ao **reexame necessário**, apenas para determinar que a compensação deferida seja efetivada com as limitações explicitadas. Mantida, no mais, a sentença.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REMESSA OFICIAL. APELAÇÃO CÍVEL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. PIS E COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- Observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706, para aplicação do entendimento sedimentado, dado que a publicação da respectiva ata de julgamento dá ensejo à sua aplicação (art. 1.035, § 11, do CPC). Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão proferido não comporta efeito suspensivo.

- No mérito, a controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. A questão da exação estadual já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*". *Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.*

- *No que se refere à compensação, in casu*, deve ser aplicada a Lei n.º 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei n.º 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18).

- Alega ainda a fazenda que deve ser deferida a exclusão apenas no que toca aos valores de ICMS efetivamente recolhidos pela empresa (e não o destacado), porém razão não lhe assiste quanto a esse pleito. O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo). Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris: (...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.*

Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- **Apele da UF e remessa oficial a que se dá parcial provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu declarar prejudicado o pleito de atribuição do efeito suspensivo, rejeitar a matéria preliminar e dar parcial provimento ao apelo da União e ao reexame necessário, apenas para determinar que a compensação deferida seja efetivada com as limitações explicitadas. Mantida, no mais, a sentença, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0307588-95.1997.4.03.6102

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: WILLES MARTINS BANKS LEITE

Advogado do(a) APELANTE: MATEUS ALQUIMIM DE PADUA - SP163461-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0307588-95.1997.4.03.6102

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: WILLES MARTINS BANKS LEITE

Advogado do(a) APELANTE: MATEUS ALQUIMIM DE PADUA - SP163461-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto por WILLES MARTINS BANKS LEITE (id 92557679, p. 46/71) contra a sentença (id 92557679, p. 31/41) que, em sede de embargos à execução fiscal, julgou improcedente o pedido, com a determinação do prosseguimento da ação executiva. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor do débito atualizado.

A apelante requer, preliminarmente, a apreciação do agravo retido interposto (id 92557678, p. 33/47), no qual alega que foi cerceado seu direito à produção da prova pericial requerida, em afronta os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (art. 5º da CF/88, arts. 355 e 399 do CPC/1973). No mérito, argumenta em síntese que:

- a) o termo de inscrição em dívida ativa debatido não identifica seu fundamento legal (art. 5º, § 5º, inciso III, da Lei nº 6.830/1980);
- b) as atribuições de uma comissão de inquérito administrativa estão limitadas às conclusões de eventuais irregularidades e *sugestões* para o ajuizamento de demanda de ressarcimento de eventual dano apurado, em atendimento ao devido processo legal (art. 5º da CF/88);
- c) é inconsistente e contraditório o afastamento da arguição de prescrição sob o *pretexto* de que são imprescritíveis as ações para ressarcimento do erário (art. 37, § 5º, da CF/88). O apelado dispunha de 5 anos para efetivar a citação, contados a partir dos fatos que deram origem à CDA (Leis nº 6.830/1980, n.º 8.884/1994, n.º 9.873/1999 e Decreto nº 20.910/1932), o que não ocorreu;
- d) paralelamente ao cerceamento de defesa *perpetrado* pelo Juízo singular, no processo administrativo que deu origem à CDA executada foram suprimidos direitos fundamentais inerentes à defesa (artigos 37, § 4º, e 50 da CF/88, artigos 159 e 1.518 do Código Civil vigente à época e 282 e seguintes do CPC/1973);
- e) comprovada pelo processo administrativo a natureza jurídica civil do crédito executado, tem-se como consequência a inadequação do ajuizamento da execução fiscal embargada (art. 2º, § 1º, da Lei nº 6.830/1980, art. 39, § 2º, da Lei nº 4.320/1964);
- f) não há que se falar em desconsideração dos documentos em língua estrangeira, posto que todos foram objeto de tradução juramentada;
- g) é inegável que todas as despesas de frete, estiva, pesagem e amostragem, financiamento e armazenagem *in bond* do açúcar nos Estados Unidos são e sempre foram da responsabilidade do vendedor. A operação discutida não gerou prejuízos, mas, sim, benefícios. O fato de o aditivo contratual ter sido assinado sem prévia oitiva da comissão de vendas não constitui irregularidade e sempre firmou contratos pelo IAA (Instituto do Açúcar e do Alcool) sem que fosse necessário tal procedimento;
- h) a comissão de inquérito do IAA adotou critérios políticos em seu julgamento, resultante de corporativismo autoritário.

Pede o reconhecimento da nulidade da sentença por cerceamento da defesa e ofensa aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal ou a sua reforma integral.

Contrarrrazões registradas sob o id 133538477.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0307588-95.1997.4.03.6102

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: WILLES MARTINS BANKS LEITE

Advogado do(a) APELANTE: MATEUS ALQUIMIM DE PADUA - SP163461-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão ao apelante.

Do agravo retido

Não merece guarida a preliminar de nulidade da sentença, haja vista que cabe ao juiz a determinação das provas necessárias à solução da demanda (art. 130 do CPC/1973, correspondente ao art. 370 do CPC atual). Além disso, é facultado ao magistrado a dispensa da sua produção quando considerar suficientes os elementos constantes dos autos para a elucidação da lide, como ocorreu. Assim, não se verifica a alegada ofensa ao artigo 5º, inciso LV da CF/88 e artigos 355 e 399 do CPC/1973. Corrobora esse entendimento a jurisprudência desta corte: (TRF 3 Região, AC - APELAÇÃO CÍVEL 0015991-10.2012.4.03.6100/SP, Des. Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, Julg.: 19/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020). Ademais, foram juntadas aos autos cópias do processo administrativo em que se baseia o feito executivo (id 92557678, p. 52/124).

Do mérito

Inicialmente, não merece conhecimento a argumentação de prescrição (Leis nº 6.838/1980, nº 8.884/1994, nº 9.873/1999 e Decreto nº 20.910/1932), uma vez que, como assinalado pelo provimento de 1º grau de jurisdição, a matéria foi objeto de análise na ação executiva (autos nº 90.0306862-3), na qual restou reconhecida, no caso, a imprescritibilidade, nos termos do art. 37, § 5º, da CF/88, e transitou em julgado.

Outrossim, constata-se dos documentos encartados (id 92565206, p. 21/22) que o débito cobrado tem origem no processo nº 26500-100712/87 e respectivo inquérito administrativo, o qual foi instaurado com supedâneo nas Portarias nº 446/87, nº 79/88 e nº 345/88. Desse modo, não merece guarida a alegação de que o termo de inscrição em dívida ativa não traz seu fundamento legal (art. 5º, § 5º, inciso III, da Lei nº 6830/1980), visto que presentes os requisitos pertinentes (art. 3º, parágrafo único, da LEF).

De outra parte, destaque-se o que preceitua o artigo 52 da Lei nº 4.320/64, que estabelece normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, *verbis*:

Art. 52. São objeto de lançamento os impostos diretos e quaisquer outras rendas com vencimento determinado em lei, regulamento ou contrato.

Por sua vez, tem a seguinte redação o artigo 2º, da Lei nº 6.830/80:

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

Argumenta o apelante que as atribuições de uma comissão de inquérito administrativa estão limitadas às conclusões de eventuais irregularidades e *sugestões* para o ajuizamento de demanda de ressarcimento, em atendimento ao devido processo legal (art. 5º da CF/88) e que, comprovada pelo processo administrativo a natureza jurídica civil do crédito, afigura-se inadequado o ajuizamento da execução fiscal ora embargada (art. 2º, § 1º, da Lei nº 6.830/1980, art. 39, § 2º, da Lei nº 4.320/1964). Verifica-se, contudo que, no caso, o procedimento administrativo foi instaurado com vista à constatação da eventual ocorrência de fraude praticada por servidor público, bem como dano ao erário resultante e apuração do crédito objeto da execução. Nesse contexto, não há que se falar em irregularidade do ajuizamento do feito executivo, uma vez que, nos termos das normas destacadas (art. 52 da Lei nº 4.320/64, Lei nº 6.830/80, art. 2º) os créditos não-tributários da União inscritos na dívida ativa podem ser cobrados por meio de execução fiscal.

Os documentos juntados pelo ora recorrente em língua estrangeira não foram considerados pelo Juízo *a quo* por não constituírem objeto de discussão nos autos e não por ausência de tradução, como alegado.

Não merece acolhimento a afirmação de que no P.A. que originou a CDA foi suprimido o direito de defesa (artigos 37, § 4º, e 50 da CF/88, artigos 159 e 1.518 do Código Civil vigente à época e 282 e seguintes do CPC/1973), visto que foi dada oportunidade ao embargante de manifestar-se, bem como efetivada a oitiva de funcionários diretores e ex-diretores, conforme cópias encartadas (id (id 92557678, p. 52/124).

Por fim, concluiu a comissão de inquérito que as negociações conduzidas pelo executado geraram desvantagem e resultaram em prejuízos ao patrimônio público (IAA), ensejados pela assinatura do aditivo, o que caracterizou o crime previsto no artigo 317 do Código Penal, como consignado na sentença. A atuação do recorrente, equiparado a funcionário público, ofendeu ainda ao princípio da legalidade (art. 37 da CF/88), diante da inobservância das formalidades obrigatórias. Desse modo, rejeitam-se as alegações de inocorrência de irregularidades e de que a conduta não gerou dano.

Destarte, nos termos da legislação e jurisprudência destacados, é de ser mantida a sentença, ao julgar improcedente o pedido e determinar o prosseguimento da ação executiva.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo retido e conheço parcialmente do apelo interposto** para, na parte conhecida, **negar-lhe provimento**.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE DA CDA. CABIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. LEI N.º 4.320/64. SENTENÇA MANTIDA.

- Não merece guarida a preliminar de nulidade da sentença, haja vista que cabe ao juiz a determinação das provas necessárias à solução da demanda (art. 130 do CPC/1973, correspondente ao art. 370 do CPC atual). Além disso, é facultado ao magistrado a dispensa da sua produção quando considerar suficientes os elementos constantes dos autos para a elucidação da lide, como ocorreu. Assim, não se verifica a alegada ofensa ao artigo 5º, inciso LV da CF/88 e artigos 355 e 399 do CPC/1973. Precedentes. Ademais, foram juntadas aos autos cópias do processo administrativo em que se baseia o feito executivo.

- Não merece conhecimento a argumentação de prescrição (Leis n.º 6.838/1980, n.º 8.88/1994, n.º 9.873/1999 e Decreto n.º 20.910/1932), uma vez que, como assinalado pelo provimento de 1º grau de jurisdição, a matéria foi objeto de análise na ação executiva, na qual restou reconhecida a imprescritibilidade, nos termos do art. 37, § 5º, da CF/88, e transitou em julgado.

- Como se constata dos documentos encartados, o débito cobrado tem origem no processo n.º 26500-100712/87 e respectivo inquérito administrativo, o qual foi instaurado com supedâneo nas Portarias n.º 446/87, n.º 79/88 e n.º 345/88. Desse modo, não merece guarida a alegação de que o termo de inscrição em dívida ativa não traz seu fundamento legal (art. 5º, § 5º, inciso III, da Lei n.º 6830/1980), visto que presentes os requisitos pertinentes (art. 3º, parágrafo único, da LEF).

- Argumenta o apelante que as atribuições de uma comissão de inquérito administrativa estão limitadas às conclusões de eventuais irregularidades e *sugestões* para o ajuizamento de demanda de ressarcimento, em atendimento ao devido processo legal (art. 5º da CF/88) e que, comprovada pelo processo administrativo a natureza jurídica civil do crédito, afigura-se inadequado o ajuizamento da execução fiscal ora embargada (art. 2º, § 1º, da Lei n.º 6.830/1980, art. 39, § 2º, da Lei n.º 4.320/1964). Verifica-se, contudo que, no caso, o procedimento administrativo foi instaurado com vista à constatação da eventual ocorrência de fraude praticada por servidor público, bem como dano ao erário resultante e apuração do crédito objeto da execução. Nesse contexto, não há que se falar em irregularidade do ajuizamento do feito executivo, uma vez que, nos termos das normas destacadas (art. 52 da Lei n.º 4.320/64, Lei n.º 6.830/80, art. 2º) os créditos não-tributários da União inscritos na dívida ativa podem ser cobrados por meio de execução fiscal.

- Os documentos juntados pelo ora recorrente em língua estrangeira não foram considerados pelo Juízo *a quo* por não constituírem objeto de discussão nos autos e não por ausência de tradução, como alegado.

- Não merece acolhimento a afirmação de que no P.A. que originou a CDA foi suprimido o direito de defesa (artigos 37, § 4º, e 50 da CF/88, artigos 159 e 1.518 do Código Civil vigente à época e 282 e seguintes do CPC/1973), visto que foi dada oportunidade ao embargante de manifestar-se, bem como efetivada a oitiva de funcionários diretores e ex-diretores, conforme cópias encartadas.

- Concluiu a comissão de inquérito que as negociações conduzidas pelo executado geraram desvantagem e resultaram em prejuízos ao patrimônio público (IAA), ensejados pela assinatura do aditivo, o que caracterizou o crime previsto no artigo 317 do Código Penal, como consignado na sentença. A atuação do recorrente, equiparado a funcionário público, ofendeu ainda ao princípio da legalidade (art. 37 da CF/88), diante da inobservância das formalidades obrigatórias. Desse modo, rejeitam-se as alegações de inocorrência de irregularidades e de que a conduta não gerou dano.

- Destarte, nos termos da legislação e jurisprudência destacados, é de ser mantida a sentença, ao julgar improcedente o pedido e determinar o prosseguimento da ação executiva.

- **Recurso de apelação parcialmente conhecido, a que se nega provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo retido e conhecer parcialmente do apelo interposto para, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5025114-97.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

APELADO: RENA METALURGICALTDA

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE ROBERTO DA SILVEIRA - SP146664-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Recebo a apelação (Id.147473463) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000122-76.2014.4.03.6119

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FRANCIANE HELLEN LOPES MELO

Advogado do(a) APELADO: RICARDO ROBERTO BATHE - SP263693

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000122-76.2014.4.03.6119

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FRANCIANE HELLEN LOPES MELO

Advogado do(a) APELADO: RICARDO ROBERTO BATHE - SP263693

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial e apelação interposta pela **União** contra sentença que, em sede de mandado de segurança, concedeu parcialmente a ordem para assegurar o direito da impetrante à liberação das mercadorias trazidas como bagagem acompanhada, mediante o pagamento do imposto incidente sobre essa modalidade de importação, utilizando como parâmetro o valor estipulado nos autos, de US\$ 4.385,00, no câmbio do dia da chegada das mercadorias, deduzidos os US\$ 500,00 da isenção (Id 90644070, p. 84/87).

Aduz (Id 90644070, p. 93/104) que:

a) de acordo com o Serviço de Conferência de Bagagem da Alfândega do Aeroporto de Guarulhos/SP, após optar pelo canal *nada a declarar*, a impetrante foi selecionada para vistoria com a constatação da presença de bens sujeitos ao regime comum de importação, dado que não passíveis de enquadramento como bagagem, conforme disposto no artigo 44, inciso I, da IN RFB nº 1.059/2010;

b) durante a conferência foram encontradas 170 peças de vestuário masculino e feminino, com modelos repetidos e de tamanhos diversos, que totalizaram o valor de US\$ 4.385,00, que, além de revelarem destinação comercial, em muito ultrapassam o valor da isenção de US\$ 500,00;

c) os itens retidos não se inserem no conceito jurídico de bagagem para fins de tributação especial e deveriam ter sido importadas de acordo com o regime comum de importação.

Transcorreu *in albis* o prazo para contrarrazões (Id 90644070, p. 110).

O parecer ministerial é no sentido de que seja desprovido o recurso (Id 90644070, p. 116/120)

É o relatório.

VOTO

I – Dos fatos

Mandado de segurança impetrado por **Franciane Hellen Lopes Melo** contra ato praticado pelo Delegado da Receita Federal em Guarulhos/SP, com vista à liberação das mercadorias objeto do Termo de Retenção n.º 08176001 3024206TRB01, dado que incluídas no conceito de bagagem

II – Da aplicação da lei processual

Inicialmente, ressalta-se que sentença recorrida foi proferida em 08.04.2013 (Id 90644070, p. 88), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973 (Enunciado Administrativo n.º 01/2016, do STJ).

III - Da bagagem acompanhada

De acordo com as informações prestadas pela autoridade impetrada, a impetrante, ao desembarcar no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP em voo proveniente de Orlando, nos Estados Unidos da América, optou pelo canal *nada a declarar*. Contudo, selecionada para a realização do procedimento de fiscalização da bagagem, foi constatado o transporte de 170 peças de vestuário diversa e de numeração variada, o que deu ensejo à lavratura do Termo de Retenção de Bens n.º 08176001 3024206TRB01 (Id 90644070, p. 58/61).

Alegou a recorrida que os produtos retidos são para uso e consumo pessoal, regulamente importados, na forma dos artigos 32 e 33 da Instrução Normativa SRF n.º 1.059/2010. No entanto, tal argumento não procede, pois a grande quantidade de bens retidos não se caracteriza como bagagem, porquanto ultrapassados os limites legais estabelecidos, conforme disposto nos artigos 155 e 157 do Decreto n.º 6.759/2009 e 33 da INSRF n.º 1.059/2010, *verbis*:

Decreto n.º 6.759/2009

Art. 155. Para fins de aplicação da isenção para bagagem de viajante procedente do exterior, entende-se por:

I - bagagem: os bens novos ou usados que um viajante, em compatibilidade com as circunstâncias de sua viagem, puder destinar para seu uso ou consumo pessoal, bem como para presentear, sempre que, pela sua quantidade, natureza ou variedade, não permitirem presumir importação com fins comerciais ou industriais;

Art. 157. A bagagem acompanhada está isenta do pagamento do imposto, relativamente a:

I - bens de uso ou consumo pessoal;

II - livros, folhetos e periódicos; e

III - outros bens, observados os limites quantitativos ou de valor global, os termos e as condições estabelecidos em ato do Ministério da Fazenda;

INSRF n.º 1.059/2010

Art. 2º Para os efeitos desta Instrução Normativa, entende-se por:

(...)

II - bagagem: os bens novos ou usados que um viajante, em compatibilidade com as circunstâncias de sua viagem, puder destinar para seu uso ou consumo pessoal, bem como para presentear, sempre que, pela sua quantidade, natureza ou variedade, não permitirem presumir importação ou exportação com fins comerciais ou industriais;

Art. 33. O viajante procedente do exterior poderá trazer em sua bagagem acompanhada, com a isenção dos tributos a que se refere o caput do art. 32:

I - livros, folhetos, periódicos;

II - bens de uso ou consumo pessoal; e

III - outros bens, observado o disposto nos §§ 1º a 5º deste artigo, e os limites de valor global de:

a) US\$ 500,00 (quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) ou o equivalente em outra moeda, quando o viajante ingressar no País por via aérea ou marítima; e

(...)

§ 1º Os bens a que se refere o inciso III do caput, para fruição da isenção, submetem-se ainda aos seguintes limites quantitativos:

I - bebidas alcoólicas: 12 (doze) litros, no total;

II - cigarros: 10 (dez) maços, no total, contendo, cada um, 20 (vinte) unidades;

III - charutos ou cigarrilhas: 25 (vinte e cinco) unidades, no total;

IV - fumo: 250 gramas, no total;

V - bens não relacionados nos incisos I a IV, de valor unitário inferior a US\$ 10,00 (dez dólares dos Estados Unidos da América): 20 (vinte) unidades, no total, desde que não haja mais do que 10 (dez) unidades idênticas; e

VI - bens não relacionados nos incisos I a V: 20 (vinte) unidades, no total, desde que não haja mais do que 3 (três) unidades idênticas. [destaque].

Observa-se que os objetos trazidos do exterior pela apelada, em razão da grande quantidade e diversidade, não atendem ao conceito de bagagem, de maneira que esse tipo de importação deve ser realizado pelo regime comum de tributação. Nesse sentido é o entendimento desta corte:

ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. BAGAGEM DE VIAJANTE PROCEDENTE DO EXTERIOR. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. BENS COM DESTINAÇÃO COMERCIAL - LEGALIDADE DA APREENSÃO. SENTENÇA MANTIDA.

- Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa afastada: sendo destinatário natural da prova, o juiz tem o poder de decidir acerca da conveniência e da oportunidade de sua produção, visando obstar a prática de atos inúteis ou protelatórios, desnecessários à solução da causa.

- Consoante o disposto no art. 155, inc. I, do Decreto 6.759/2009, incluem-se no conceito de bagagem, para fins de isenção do imposto de importação, os objetos destinados ao uso ou consumo pessoal do viajante, em compatibilidade com as circunstâncias de sua viagem, bem como os trazidos para presentear, sempre que, pela quantidade, natureza ou variedade, não permitam presumir importação com fins comerciais ou industriais.

- No caso, a bagagem retida contém itens que em função de sua natureza, quantidade e valor denotam intenção comercial, o que a descaracteriza do conceito legal de bagagem contido no Decreto 6.759/2009, inexistindo abuso ou ilegalidade na apreensão das mercadorias pela autoridade administrativa.

- O E. STF consolidou entendimento, por meio da Súmula nº 64, segundo a qual: "é permitido trazer do estrangeiro, como bagagem, objetos de uso pessoal e doméstico, desde que, por sua quantidade e natureza, não induzam a finalidade comercial." Jurisprudência da Quarta Turma do TRF3 neste sentido.

- Preliminar rejeitada. Recurso de apelação improvido. Agravo retido prejudicado.

(AC 0009409-68.2011.4.03.6119, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Mônica Nobre, j. 26.06.2020, destaque).

ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO COMERCIAL. DESCLASSIFICAÇÃO DO CONCEITO DE BAGAGEM. SÚMULA 323 STF. INAPLICABILIDADE. PENA DE PERDIMENTO.

1. Não há dúvida no caso dos autos de que os bens apreendidos não se enquadram no conceito de bagagem, haja vista a grande quantidade de mercadorias trazidas pelo impetrante: 127 camisas tipo Polo, marca Lacoste, de tamanhos variados, 01 calça, marca Hugo Boss. Ao contrário do afirmado pelo apelante, não se trata de roupas para uso pessoal, já que os tamanhos variam entre os números 3 a 10.

2. O artigo 44, inciso I, da IN RFB nº 1.059/2010, determina expressamente que os bens não enquadrados no conceito legal de bagagem estão sujeitos ao regime comum de importação. Entretanto, prevê a referida Instrução Normativa c.c. o artigo 2º da IN RFB nº 1.385/2013 que para se submeter ao Regime Comum de Importação devem ser cumpridos certos requisitos, como a prévia declaração dos bens, bem como que não ser configurada importação com finalidade comercial.

4. Observa-se que o recorrente passou pelo controle alfandegário optando pelo "canal nada a declarar" assentindo, assim, pela não existência de bens suscetíveis de apresentação à alfândega brasileira.

5. Não bastasse isso, não aproveita ao impetrante a possibilidade de regularização da importação tendo em vista a destinação comercial evidenciada no caso dos autos.

6. Diante dos fatos e circunstâncias do caso, observa-se que se trata de uma operação de comércio exterior que deveria ter seguido o regime comum de importação, regido pelos Decretos-Lei 37/1966, L. 455/1976 e Decreto 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro), ou seja, com registro de uma Declaração de Importação no Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX).

7. Não há que se falar em violação a princípios constitucionais por parte da autoridade impetrada, visto que agiu de acordo com a legislação vigente. O presente caso não é abrangido pela Súmula 323 do STF já que a conduta praticada pelo impetrante tem como consequência a pena de perdimento, o que afasta a aplicabilidade da súmula. 8. Apelo desprovido."

(AC 00068073620134036119, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva, j. 05.07.2017, destaque).

IV – Do dispositivo

Ante o exposto, dou provimento à remessa oficial e à apelação para reformar a sentença e denegar a ordem. Sem honorários, na forma do artigo 25 da Lei nº 12.016/09. Custas ex vi legis.

É como voto.

EMENTA

ADUANEIRO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO IRREGULAR. BAGAGEM ACOMPANHADA. DESCARACTERIZAÇÃO. RETENÇÃO. POSSIBILIDADE. REEXAME E RECURSO PROVIDOS.

- A sentença recorrida foi proferida em antes da vigência da Lei nº 13.105/2015 (NCPC), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973 (Educação Administrativa nº 01/2016, do STJ).

- A grande quantidade de bens retidos não se caracteriza como bagagem, porquanto ultrapassados os limites legais estabelecidos, conforme disposto nos artigos 155 e 157 do Decreto nº 6.759/2009 e 33 da INSRF nº 1.059/2010.

- Os objetos trazidos do exterior pela apelada, em razão da grande quantidade e diversidade, não atendem ao conceito de bagagem, de maneira que esse tipo de importação deve ser realizado pelo regime comum.

- Remessa oficial e apelação providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à remessa oficial e à apelação para reformar a sentença e denegar a ordem. Sem honorários, na forma do artigo 25 da Lei n.º 12.016/09. Custas ex vi legis, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000996-48.2015.4.03.6112

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: SONOTEC ELETRONICA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE VENTURA DE OLIVEIRA - SP230146-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000996-48.2015.4.03.6112

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: SONOTEC ELETRONICA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE VENTURA DE OLIVEIRA - SP230146-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por **Sonotec Eletrônica Ltda** contra sentença que julgou improcedente o pedido de não recolhimento do IPI sobre operação de revenda no mercado interno de mercadoria importada não submetida a novo processo de industrialização, bem como fixou os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00, nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil de 1973 (Id 122748516, p. 232/236).

Aduz (Id 122748516, p. 240/250) que está sujeita à incidência de IPI em duas etapas distintas, quais sejam, no momento do desembaraço aduaneiro e na saída das mercadorias de seu estabelecimento, na revenda para os varejistas, atacadistas e consumidores finais, situação que viola os artigos 46 e 51 do Código Tributário Nacional, além dos princípios da isonomia e da não discriminação (artigo 150, inciso II, e 152, da Constituição).

Em contrarrazões (Id 122748516, p. 252), a União se reportou aos argumentos da contestação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000996-48.2015.4.03.6112

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: SONOTEC ELETRONICA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE VENTURA DE OLIVEIRA - SP230146-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

I - Dos fatos

Ação proposta por **Sonotec Eletrônica Ltda.** contra a União, com vista ao afastamento da cobrança do IPI sobre a revenda de mercadorias importadas.

II – Da aplicação da lei processual

Inicialmente, ressalta-se que sentença recorrida foi proferida em 31.08.2015 (Id 122748516, p. 236), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973 (Enunciado Administrativo n.º 01/2016, do STJ).

III – Da suspensão do feito

Notwithstanding o sobrestamento do EREsp n.º 1403532 (tema 912), referente à legalidade da cobrança do IPI na venda de produto importado ao consumidor final no mercado interno, até a publicação da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal do tema n.º 906/STF, não há determinação de suspensão nacional dos feitos, na forma do artigo 1.037, inciso II, do CPC.

IV - Da incidência do IPI

O imposto sobre produtos industrializados – IPI está previsto no artigo 153, inciso IV, da Constituição, que assim dispõe:

Art. 153 – Compete a União instituir impostos sobre:

(...)

IV – produtos industrializados

Por sua vez, coube ao Código Tributário Nacional, na forma do artigo 146, inciso III, alíneas “a” e “b”, da CF, estabelecer a hipótese de incidência do tributo, bem como os elementos que a constituem, com destaque aqui para o contribuinte do imposto:

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Art. 51. Contribuinte do imposto é:

I - o importador ou quem a lei a ele equiparar;

II - o industrial ou quem a lei a ele equiparar;

III - o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;

IV - o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador industrial, comerciante ou arrematante.

Ainda sobre o tema os artigos 4º e 35 da Lei n.º 4.502/64:

Art. 4º Equiparam-se a estabelecimento produtor, para todos os efeitos desta Lei:

I - os importadores e os arrematantes de produtos de procedência estrangeira;

II - as filiais e demais estabelecimentos que exercem o comércio de produtos importados, industrializados ou mandados industrializar por outro estabelecimento do mesmo contribuinte;

III - os que enviarem a estabelecimento de terceiro, matéria-prima, produto intermediário, embalagens e recipientes para acondicionamento, moldes, matrizes ou modelos destinados à industrialização de produtos de seu comércio.

IV - os que efetuem vendas por atacado de matérias-primas, produtos intermediários, embalagens, equipamentos e outros bens de produção.

Art. 35. São obrigados ao pagamento do imposto

I - como contribuinte originário:

a) o produtor, inclusive os que lhe são equiparados pelo art. 4º - com relação aos produtos tributados que real ou ficticiamente, saírem de seu estabelecimento observadas as exceções previstas nas alíneas "a", "e" e "b" do inciso II do art. 5º.

b) o importador e o arrematante de produtos de procedência estrangeira - com relação aos produtos tributados que importarem ou arrematarem. [destaquei].

A questão posta nestes autos cinge-se à legalidade da incidência do IPI sobre as operações de revenda de produtos importados.

a) Da análise infraconstitucional

No âmbito da análise da legislação infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.403.532/SC, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que a operação de saída (revenda) dos produtos importados está sujeita à incidência do tributo, ainda que não tenham passado por qualquer processo de industrialização no Brasil, *verbis*:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9º, I E 35, II, DO R/PI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor, isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. n.º 1.411.749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.

5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

6. Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(EREsp 1403532/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.10.2015, DJe 18.12.2015, destaquei).

b) Da análise constitucional

Inicialmente, deve ser afastada a alegada contrariedade ao artigo 152 da CF, uma vez que se trata de dispositivo que cuida de questão diversa e estabelece que é vedado aos entes estaduais e municipais a adoção de critério de procedência e destino como fator de discriminação tributária em sua atividade legislativa.

Relativamente ao IPI, no plano constitucional, a questão refere-se à eventual violação ao princípio da isonomia (artigos 5º, *caput*, e 150, inciso II, da CF) em razão de sua incidência no momento do desembaraço aduaneiro de produto industrializado, assim como na sua saída do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno.

O princípio da isonomia invocado pelo apelante como fundamento para o afastamento do IPI tem como escopo impedir que haja diferenciação tributária entre contribuintes que estejam em situação equivalente. Afirma, portanto, o recorrente que a exigência do imposto na operação de revenda de produto importado implica tratamento desigual àquele concedido aos comerciantes que adquirem mercadorias de fornecedores nacionais.

O IPI, diferentemente do alegado pelo contribuinte, incide em operações sucessivas e alcança da mesma forma o produto nacional, na entrada dos insumos industrializados e na saída da mercadoria do estabelecimento. Contudo, em razão da aplicação da regra da não cumulatividade (artigo 153, § 3º, inciso II, da CF), que visa impedir a múltipla tributação, ambos – importador e produtor nacional – podem aproveitar o imposto pago em operações anteriores, compensando-o com aquele devido em momento posterior. No caso, o imposto pago na saída do produto importado (revenda) poderá ser abatido com aquele pago na entrada (desembaraço aduaneiro), tal como estabelecido no artigo 226 do Decreto nº 7.212/10, de maneira que não há que se falar em bitributação (*bis in idem*).

Destaca-se, ainda, o caráter extrafiscal do IPI. A extrafiscalidade é um dos instrumentos de política econômico-fiscal utilizados pelo Estado na efetivação de objetivos constitucionais, como aqueles previstos nos artigos 1º e 3º da CF, a partir de alterações na carga tributária e, por consequência, no comportamento social dos indivíduos. Especificamente no caso do IPI, a intervenção estatal é justificada com o objetivo de estimular o crescimento e proteger a indústria nacional. Desse modo, a desoneração do importador na operação de revenda do produto importado lhe conferiria vantagem que contrariaria a isonomia tributária e a função extrafiscal do imposto. Nesse sentido é a jurisprudência desta corte: *ApReeNec 0011213-89.2015.4.03.6100, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 21.02.2020, Intimação via sistema em 02.03.2020; AC 5010668-89.2019.4.03.6100, Sexta Turma, Rel. Des. Fed. Johnson Di Salvo, j. 25.01.2020, e - DJF3 Judicial 1 data de 05.02.2020; AC 5001219-63.2017.4.03.6105, Sexta Turma, Rel. Juíza Fed. Conv. Leila Paiva Morrison, j. 24.01.2020, Intimação via sistema em 31.01.2020 e AC 0006334-58.2015.4.03.6126, Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva, j. 26.09.2019, e - DJF3 Judicial 1 de 24.10.2019.*

Confira-se, ainda, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 946.648 (tema 906), representativo da controvérsia, *verbis*:

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 906 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos dos respectivos votos, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin, Rosa Weber e Roberto Barroso, que davam provimento ao recurso. Foi fixada a seguinte tese: "É constitucional a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI no desembaraço aduaneiro de bem industrializado e na saída do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno". Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. (Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Sessão Virtual de 14.8.2020 a 21.8.2020, destaquei).

Assim, reconhecida a legalidade do recolhimento do IPI na revenda de produtos importados, é de rigor a manutenção da sentença.

Por fim, a questão relativa ao artigo 110 do CTN não interfere nesse entendimento pelos motivos já indicados.

V – Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. INCIDÊNCIA NA SAÍDA DO PRODUTO IMPORTADO DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR. CONSTITUCIONALIDADE. TEMA 906/STF RECURSO DESPROVIDO.

- A sentença recorrida foi proferida em antes da vigência da Lei n.º 13.105/2015 (NCPC), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973 (Enunciado Administrativo n.º 01/2016, do STJ).

- Não obstante o sobrestamento do EREsp n.º 1403532 (tema 912), referente à legalidade da cobrança do IPI na venda de produto importado ao consumidor final no mercado interno, até a publicação da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal do tema n.º 906/STF, não há determinação de suspensão nacional dos feitos, na forma do artigo 1.037, inciso II, do CPC.

- A questão referente a não incidência de IPI sobre as operações de revenda de produtos importados foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n.º 1.403.532/SC, representativo da controvérsia, ao entendimento de que a operação de saída (revenda) dos produtos importados está sujeita à incidência do tributo, ainda que não tenham passado por qualquer processo de industrialização no Brasil.

- O IPI incide em operações sucessivas e alcança da mesma forma o produto nacional, na entrada dos insumos industrializados e na saída da mercadoria do estabelecimento. Contudo, em razão da aplicação da regra da não cumulatividade (artigo 153, §3º, inciso II, da CF), que visa impedir a múltipla tributação, ambos – importador e produtor nacional - podem aproveitar o imposto pago em operações anteriores, compensando-o com aquele devido em momento posterior.

- Em relação ao produto importado o imposto pago na saída (revenda) poderá ser abatido com aquele pago na entrada (desembarço aduaneiro), tal como estabelecido no artigo 226 do Decreto nº 7.212/10.

- A extrafiscalidade é um dos instrumentos de política econômico-fiscal utilizados pelo Estado na efetivação de objetivos constitucionais, como aqueles previstos nos artigos 1º e 3º da CF, a partir de alterações na carga tributária e, por consequência, no comportamento social dos indivíduos. Especificamente no caso do IPI, a intervenção estatal é justificada como objetivo de estimular o crescimento e proteger a indústria nacional.

- A desoneração do importador na operação de revenda do produto importado lhe conferiria vantagem que contrariaria a isonomia tributária e a função extrafiscal do imposto. Precedentes desta Corte.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000222-11.2002.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: TANIA INES NANTES GONZAGA FERREIRA

Advogado do(a) APELANTE: MARIA JOSE LACERDA - SP152228

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: GIOVANNA COLOMBA CALIXTO DE CAMARGO - SP205514-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000222-11.2002.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: TANIA INES NANTES GONZAGA FERREIRA

Advogado do(a) APELANTE: MARIA JOSE LACERDA - SP152228

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: GIOVANNA COLOMBA CALIXTO DE CAMARGO - SP205514-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação contra sentença que julgou improcedente a ação.

Sustenta-se que:

- a) houve violação dos artigos 5º, XII, e 22, XVI, da Constituição. Só a lei ordinária pode disciplinar o exercício de qualquer profissão;
- b) a lei federal que regulamenta a atividade de enfermagem no Brasil não faz qualquer referência à instrumentação cirúrgica;
- c) com a oficialização de cursos profissionalizantes na área de instrumentação cirúrgica, somente os portadores de diploma poderão exercer a atividade, inclusive os vinculados a outras áreas da saúde;
- d) estão provados os danos que lhe foram causados;
- e) não se confundem o instrumentador cirúrgico e o enfermeiro (fls. 284/286)

Contrarrazões às fls. 290/293.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000222-11.2002.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: TANIA INES NANTES GONZAGA FERREIRA

Advogado do(a) APELANTE: MARIA JOSE LACERDA - SP152228

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: GIOVANNA COLOMBA CALIXTO DE CAMARGO - SP205514-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A controvérsia centra-se na necessidade ou não de registro no COREN/SP para instrumentador cirúrgico.

A respeito, transcrevem-se os artigos 2º e e 15, incisos I e II, da Lei 5.905/73:

Art. 2º – O Conselho Federal e os Conselhos Regionais são órgãos disciplinadores do exercício da profissão de enfermeiro e das demais profissões compreendidas nos serviços de Enfermagem.

Art. 15 – Compete aos Conselhos Regionais;

I – deliberar sobre inscrição no Conselho e seu cancelamento;

II – disciplinar e fiscalizar o exercício profissional, observadas as diretrizes gerais do Conselho Federal;

Também relevante a citação dos artigo 2º, *caput*, e 13 da Lei nº 7.498/86:

Art. 2º A enfermagem e suas atividades auxiliares somente podem ser exercidas por pessoas legalmente habilitadas e inscritas no Conselho Regional de Enfermagem com jurisdição na área onde ocorre o exercício.

Art. 13. O Auxiliar de Enfermagem exerce atividades de nível médio, de natureza repetitiva, envolvendo serviços auxiliares de enfermagem sob supervisão, bem como a participação em nível de execução simples, em processos de tratamento, cabendo-lhe especialmente:

- a) observar, reconhecer e descrever sinais e sintomas;
- b) executar ações de tratamento simples;
- c) prestar cuidados de higiene e conforto ao paciente;
- d) participar da equipe de saúde.

Como se verifica, a lei não trata da instrumentação cirúrgica, inclusive não a atribui exclusivamente ao profissional de enfermagem, o que remete às disposições dos artigos 5º, XIII, e 22, XVI, da Constituição.

Por sua vez, o Decreto 94.406/87 dispôs nos artigos 1º e 11, *caput*, III, "j", *verbis*:

Art. 1º – O exercício da atividade de Enfermagem, observadas as disposições da Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, e respeitados os graus de habilitação, é privativo de Enfermeiro, Técnico de Enfermagem, Auxiliar de Enfermagem e Parteiro e só será permitido ao profissional inscrito no Conselho Regional de Enfermagem da respectiva região.

Art. 11 – O Auxiliar de Enfermagem executa as atividades auxiliares, de nível médio atribuídas à equipe de Enfermagem, cabendo-lhe:

(...)

III – executar tratamentos especificamente prescritos, ou de rotina, além de outras atividades de Enfermagem, tais como:

(...)

circular em sala de cirurgia e, se necessário, instrumentar;

Constata-se que o decreto regulamentador ultrapassa o que as leis mencionadas disciplinaram. De qualquer forma, não dá ao profissional de enfermagem exclusividade na instrumentação cirúrgica. De forma mais explícita, a Resolução COFEN - 214/98, no seu artigo 1º, afirma:

Art. 1º – A Instrumentação Cirúrgica é uma atividade de Enfermagem, não sendo, entretanto, ato privativo da mesma.

A jurisprudência do STJ, embora tratando de cobertura dos planos de saúde relativamente aos honorários de instrumentados cirúrgico, é reiterada no sentido de que "a legislação de regência e a interpretação e orientação dos órgãos de fiscalização da atividade profissional de enfermagem são no sentido de não se tratar a atividade de instrumentador cirúrgico de um *munus* de exercício exclusivo do profissional de enfermagem, em que pese a este caber a supervisão da execução das tarefas (...). Nessa senda, também cumpre destacar que a atividade não está inserida no Decreto nº 94.406, de 08 de junho de 1987, que trata do exercício da atividade de enfermagem (...). Ainda, a Resolução COFEN 214/98 traz alguns esclarecimentos que devem ser mencionados. A Resolução nos informa que a instrumentação cirúrgica é matéria administrada na grade curricular dos Cursos de Enfermagem, não havendo lei que regulamente a atividade de instrumentador cirúrgico. Em seu artigo 1º, declara que a instrumentação cirúrgica é atividade de enfermagem, não sendo, entretanto, ato privativo da mesma". (AREsp 1089913/PR, REsp 1.806.136/PR, REsp 1.806.156/PR, REsp 1480822/PR).

Posto que o entendimento é de que o instrumentador cirúrgico não precisa ser profissional de enfermagem para exercer sua atividade, também é certo que não se lhe pode exigir a inscrição no COREN/SP.

Quanto à ocorrência de dano moral à recorrente, afigura-se proceder. A autora tem formação específica de instrumentadora cirúrgica e ministra cursos na área, conforme documentação juntada. O boletim de ocorrência e outros documentos policiais demonstram o sofrimento que lhe vem sendo causado em função de suas atividades, o que tem apoio no artigo 37, § 6º, da Constituição. Considera-se razoável e justo que o valor indenizatório seja fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). A quantificação pecuniária do dano moral não se confunde com os ganhos que a requerente eventualmente deixou de receber em razão dos fatos narrados.

Fixam-se honorários advocatícios ao réu em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), à vista do valor efetivo da condenação (R\$ 20.000,00), o trabalho que o advogado realizou, o tempo transcorrido, *ex vi* do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73, vigente à época da prolação da sentença. Aos valores de ressarcimento e honorários advocatícios incidirão correção monetária e juros de mora, segundo critérios previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal. Custas *ex lege*.

Ante o exposto, voto para prover a apelação e julgar parcialmente procedente a ação, para condenar o Conselho Regional de Enfermagem/SP a se abster de impedir a autora do exercício regular a atividade de instrumentadora cirúrgica por não possuir registro na autarquia, a indenizá-la em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por danos morais e a pagar honorários advocatícios de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. INSTRUMENTADOR CIRÚRGICO. Atividade profissional que não é um *munus* de exercício exclusivo do profissional de enfermagem. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO NO COREN.

- O decreto regulamentador (Nº 94.406/87) ultrapassa o que as leis Nº 5.905/73 e 7.498/86 disciplinaram. De qualquer forma, não dá ao profissional de enfermagem exclusividade na instrumentação cirúrgica. De forma mais explícita, é o que a Resolução COFEN - 214/98, no seu artigo 1º, afirma. Precedentes do STJ.

- Posto que o entendimento é de que o instrumentador cirúrgico não precisa ser profissional de enfermagem para exercer sua atividade, também é certo que não se lhe pode exigir a inscrição no COREN/SP.

- Quanto à ocorrência de dano moral à recorrente, afigura-se proceder. A autora tem formação específica de instrumentadora cirúrgica e ministra cursos na área, conforme documentação juntada. O boletim de ocorrência e outros documentos policiais demonstram o sofrimento que lhe vem sendo causado em função de suas atividades, o que tem apoio no artigo 37, § 6º, da Constituição. Considera-se razoável e justo que o valor indenizatório seja fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). A quantificação pecuniária do dano moral não se confunde com os ganhos que a requerente eventualmente deixou de receber em razão dos fatos narrados.

- Fixados honorários advocatícios de dois mil reais.

- Juros e correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Custas *ex lege*.

- Apelação provida. Ação julgada procedente em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu prover a apelação e julgar parcialmente procedente a ação, para condenar o Conselho Regional de Enfermagem/SP a se abster de impedir a autora do exercício regular a atividade de instrumentadora cirúrgica por não possuir registro na autarquia, a indenizá-la em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por danos morais e a pagar honorários advocatícios de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012106-80.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: APOLO SISTEMAS GRAFICOS, INDUSTRIA, COMERCIO, SERVICOS, IMPORTACAO E EXPORTACAO - EIRELI

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

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012106-80.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: APOLO SISTEMAS GRAFICOS, INDUSTRIA, COMERCIO, SERVICOS, IMPORTACAO E EXPORTACAO - EIRELI

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

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por **Apolo Sistemas Gráficos, Indústria, Comércio, Serviços, Importação e Exportação - EIRELI** contra sentença que, em sede de mandado de segurança, denegou a ordem e julgou improcedente o pedido de não recolhimento do IPI sobre operação de revenda no mercado interno de mercadoria importada não submetida a novo processo de industrialização (Id 122748729, p. 91/99). Opostos embargos de declaração (Id 122748729, p. 102/104), foram rejeitados (Id 122748729, p. 106/107).

Aduz (Id 122748729, p. 117/123) que:

a) está sujeita à incidência de IPI em duas etapas distintas, quais sejam, no momento do desembaraço aduaneiro e na saída das mercadorias de seu estabelecimento, na revenda para os varejistas, atacadistas e consumidores finais, situação que viola os artigos 46 e 51 do Código Tributário Nacional, além dos princípios da isonomia e da não discriminação (artigo 150, inciso II, da Constituição);

b) trata-se de bitributação, uma vez que sobre a comercialização de mercadorias incide o ICMS, conforme artigo 155 da CF, que atribui competência exclusiva aos Estados e ao Distrito Federal para tributar tais operações.

Em contrarrazões (Id 122748729, p. 140/158), a União requer o desprovinimento do recurso.

O parecer ministerial é no sentido de que seja dado prosseguimento ao feito (Id 122748729, p. 170).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0012106-80.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: APOLO SISTEMAS GRAFICOS, INDUSTRIA, COMERCIO, SERVICOS, IMPORTACAO E EXPORTACAO - EIRELI

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

APELADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I - Dos fatos

Mandado de segurança impetrado por **Apolo Sistemas Gráficos, Indústria, Comércio, Serviços, Importação e Exportação - EIRELI** contra ato praticado pelo Delegado da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo/SP, com vista ao afastamento da cobrança do IPI sobre a revenda de mercadorias importadas.

II – Da suspensão do feito

Não obstante o sobrestamento do EREsp n.º 1403532 (tema 912), referente à legalidade da cobrança do IPI na venda de produto importado ao consumidor final no mercado interno, até a publicação da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal do tema n.º 906/STF, não há determinação de suspensão nacional dos feitos, na forma do artigo 1.037, inciso II, do CPC.

III - Da incidência do IPI

O imposto sobre produtos industrializados – IPI está previsto no artigo 153, inciso IV, da Constituição, que assim dispõe:

Art. 153 – Compete a União instituir impostos sobre:

(...)

IV – produtos industrializados

Por sua vez, coube ao Código Tributário Nacional, na forma do artigo 146, inciso III, alíneas “a” e “b”, da CF, estabelecer a hipótese de incidência do tributo, bem como os elementos que a constituem, com destaque aqui para o contribuinte do imposto:

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Art. 51. Contribuinte do imposto é:

I - o importador ou quem a lei a ele equiparar;

II - o industrial ou quem a lei a ele equiparar;

III - o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;

IV - o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante.

Ainda sobre o tema, os artigos 4º e 35 da Lei n.º 4.502/64:

Art. 4º Equiparam-se a estabelecimento produtor, para todos os efeitos desta Lei:

I - os importadores e os arrematantes de produtos de procedência estrangeira;

II - as filiais e demais estabelecimentos que exercem o comércio de produtos importados, industrializados ou mandados industrializar por outro estabelecimento do mesmo contribuinte;

III - os que enviarem a estabelecimento de terceiro, matéria-prima, produto intermediário, embalagens e recipientes para acondicionamento, moldes, matrizes ou modelos destinados à industrialização de produtos de seu comércio.

IV - os que efetuem vendas por atacado de matérias-primas, produtos intermediários, embalagens, equipamentos e outros bens de produção.

Art. 35. São obrigados ao pagamento do imposto

I - como contribuinte originário:

a) o produtor, inclusive os que lhe são equiparados pelo art. 4º - com relação aos produtos tributados que real ou ficticiamente, saírem de seu estabelecimento observadas as exceções previstas nas alíneas "a" e "b" do inciso II do art. 5º.

b) o importador e o arrematante de produtos de procedência estrangeira - com relação aos produtos tributados que importarem ou arrematarem. [destaque].

A questão posta nestes autos cinge-se à legalidade da incidência do IPI sobre as operações de revenda de produtos importados.

a) Da análise infraconstitucional

No âmbito da análise da legislação infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.403.532/SC, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que a operação de saída (revenda) dos produtos importados está sujeita à incidência do tributo, ainda que não tenham passado por qualquer processo de industrialização no Brasil, verbis:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9º, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor, isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. n.º 1.411.749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.

5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

6. Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(EREsp 1403532/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.10.2015, DJe 18.12.2015, destaquei).

b) Da análise constitucional

Inicialmente, cumpre esclarecer que a exigência do IPI sobre a saída do estabelecimento importador, na forma dos artigos 153, inciso IV, e 46, inciso II e 51, inciso I, do CTN, não se confunde com o ICMS incidente sobre a circulação de mercadorias (artigo 155, inciso II, da CF), pois os impostos têm materialidades diferentes estabelecidas pela Constituição, de modo que é descabida a afirmação de bitributação.

No plano constitucional, a questão refere-se à eventual violação ao princípio da isonomia (artigos 5º, caput, e 150, inciso II, da CF) em razão da incidência de IPI no momento do desembaraço aduaneiro de produto industrializado, assim como na sua saída do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno.

O princípio da isonomia invocado pelo apelante como fundamento para o afastamento do IPI tem como escopo impedir que haja diferenciação tributária entre contribuintes que estejam em situação equivalente. Afirma, portanto, o recorrente que a exigência do imposto na operação de revenda de produto importado implica tratamento desigual àquele concedido aos comerciantes que adquirem mercadorias de fornecedores nacionais.

O IPI, diferentemente do alegado pelo contribuinte, incide em operações sucessivas e alcança da mesma forma o produto nacional, na entrada dos insumos industrializados e na saída da mercadoria do estabelecimento. Contudo, em razão da aplicação da regra da não cumulatividade (artigo 153, § 3º, inciso II, da CF), que visa impedir a múltipla tributação, ambos – importador e produtor nacional – podem aproveitar o imposto pago em operações anteriores, compensando-o com aquele devido em momento posterior. No caso, o imposto pago na saída do produto importado (revenda) poderá ser abatido com aquele pago na entrada (desembaraço aduaneiro), tal como estabelecido no artigo 226 do Decreto nº 7.212/10, de maneira que não há que se falar em tributação (*bis in idem*).

Destaca-se, ainda, o caráter extrafiscal do IPI. A extrafiscalidade é um dos instrumentos de política econômico-fiscal utilizados pelo Estado na efetivação de objetivos constitucionais, como aqueles previstos nos artigos 1º e 3º da CF, a partir de alterações na carga tributária e, por consequência, no comportamento social dos indivíduos. Especificamente no caso do IPI, a intervenção estatal é justificada com o objetivo de estimular o crescimento e proteger a indústria nacional. Desse modo, a desoneração do importador na operação de revenda do produto importado lhe conferiria vantagem que contrariaria a isonomia tributária e a função extrafiscal do imposto. Nesse sentido é a jurisprudência desta corte: *ApReeNec 0011213-89.2015.4.03.6100, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 21.02.2020, Intimação via sistema em 02.03.2020; AC 5010668-89.2019.4.03.6100, Sexta Turma, Rel. Des. Fed. Johnson Di Salvo, j. 25.01.2020, e - DJF3 Judicial 1 data de 05.02.2020; AC 5001219-63.2017.4.03.6105, Sexta Turma, Rel. Juíza Fed. Conv. Leila Paiva Morrison, j. 24.01.2020, Intimação via sistema em 31.01.2020 e AC 0006334-58.2015.4.03.6126, Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva, j. 26.09.2019, e - DJF3 Judicial 1 de 24.10.2019.*

Confira-se, ainda, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 946.648 (tema 906), representativo da controvérsia, *verbis*:

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 906 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos dos respectivos votos, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin, Rosa Weber e Roberto Barroso, que davam provimento ao recurso. Foi fixada a seguinte tese: "É constitucional a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI no desembaraço aduaneiro de bem industrializado e na saída do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno". Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. (Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Sessão Virtual de 14.8.2020 a 21.8.2020, destaque).

Assim, reconhecida a legalidade do recolhimento do IPI na revenda de produtos importados, é de rigor a manutenção da sentença.

IV – Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

E M E N T A

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. INCIDÊNCIA NA SAÍDA DO PRODUTO IMPORTADO DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR. CONSTITUCIONALIDADE. TEMA 906/STF. RECURSO DESPROVIDO.

- Não obstante o sobrestamento do EREsp n.º 1403532 (tema 912), referente à legalidade da cobrança do IPI na venda de produto importado ao consumidor final no mercado interno, até a publicação da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal do tema n.º 906/STF, não há determinação de suspensão nacional dos feitos, na forma do artigo 1.037, inciso II, do CPC.

- A questão referente a não incidência de IPI sobre as operações de revenda de produtos importados foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n.º 1.403.532/SC, representativo da controvérsia, ao entendimento de que a operação de saída (revenda) dos produtos importados está sujeita à incidência do tributo, ainda que não tenham passado por qualquer processo de industrialização no Brasil.

- A exigência do IPI sobre a saída do estabelecimento importador, na forma dos artigos 153, inciso IV, e 46, inciso II e 51, inciso I, do CTN, não se confunde com o ICMS incidente sobre a circulação de mercadorias (artigo 155, inciso II, da CF), pois os impostos têm materialidades diferentes estabelecidas pela Constituição, de modo que é descabida a alegação de bitributação.

- O IPI incide em operações sucessivas e alcança da mesma forma o produto nacional, na entrada dos insumos industrializados e na saída da mercadoria do estabelecimento. Contudo, em razão da aplicação da regra da não cumulatividade (artigo 153, §3º, inciso II, da CF), que visa impedir a múltipla tributação, ambos – importador e produtor nacional – podem aproveitar o imposto pago em operações anteriores, compensando-o com aquele devido em momento posterior.

- Em relação ao produto importado o imposto pago na saída (revenda) poderá ser abatido com aquele pago na entrada (desembaraço aduaneiro), tal como estabelecido no artigo 226 do Decreto nº 7.212/10.

- A extrafiscalidade é um dos instrumentos de política econômico-fiscal utilizados pelo Estado na efetivação de objetivos constitucionais, como aqueles previstos nos artigos 1º e 3º da CF, a partir de alterações na carga tributária e, por consequência, no comportamento social dos indivíduos. Especificamente no caso do IPI, a intervenção estatal é justificada como objetivo de estimular o crescimento e proteger a indústria nacional.

- A desoneração do importador na operação de revenda do produto importado lhe conferiria vantagem que contrariaria a isonomia tributária e a função extrafiscal do imposto. Precedentes desta Corte.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 1302516-29.1996.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CLAUDETTE MARIA ANTONELLI BOLLA, ADILSON BOLLA, AMELIA MARIA GONCALVES BOLLA, ADRIANA BOLLA, LUIZ CARLOS MARCUCCI, LUIZ JOSE JACOMINI, PAULO SCATIMBURGO NETO, MARIA DAMASCENO DE SOUZA

Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS MOLITERNO FIRMO - SP85818-N
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS MOLITERNO FIRMO - SP85818-N
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS MOLITERNO FIRMO - SP85818-N
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS MOLITERNO FIRMO - SP85818-N
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS MOLITERNO FIRMO - SP85818-N
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS MOLITERNO FIRMO - SP85818-N
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS MOLITERNO FIRMO - SP85818-N
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS MOLITERNO FIRMO - SP85818-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 1302516-29.1996.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CLAUDETTE MARIA ANTONELLI BOLLA, ADILSON BOLLA, AMELIA MARIA GONCALVES BOLLA, ADRIANA BOLLA, LUIZ CARLOS MARCUCCI, LUIZ JOSE JACOMINI, PAULO SCATIMBURGO NETO, MARIA DAMASCENO DE SOUZA

Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS MOLITERNO FIRMO - SP85818-N

RELATÓRIO

Apelação interposta pela União (Id 102211490 - pág. 192 ao Id 102211491 - pág. 1) contra parte da sentença que, em sede de ação ordinária, foi proferida nos seguintes termos (Id 102211490 - págs. 170/186):

b) JULGO PROCEDENTE o pedido dos demais autores, extinguindo o processo com a resolução do mérito, na forma prevista pelo artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de condenar a União Federal à restituição das importâncias pagas pelos requerentes a título do empréstimo compulsório, incidentes sobre o consumo de combustíveis, instituído pelos artigos 10º e seguintes do Decreto-Lei n.º 2288, de 23 de junho de 1986, a ser calculado considerando-se a média de consumo para cada veículo, prevista pelo próprio Poder Executivo. O valor correto a ser restituído será apurado em processo de execução, levando-se em conta a comprovação da propriedade dos veículos de cada autor e seus respectivos períodos de acordo com as seguintes condições:

(a) - serão repetidos os valores pagos indevidamente desde 24.07.1986 até 05.10.1988;

(b) - a atualização monetária deverá se dar a partir do recolhimento indevido e até a data de seu efetivo ressarcimento, pelos mesmos índices aplicados pela Fazenda Pública, com relação aos seus créditos;

(c) - os juros devem incidir, ao importe de um por cento ao mês (artigo 59, da Lei 8.393/91 e artigo 3º, da Lei 8.620/93), além da variação da T.R.D., no período de 01.02.1991 a 30.12.1991 (Lei 8.177/91, artigo 9º e Lei 8.218/91, artigos 3º, 7º e 30), desde o mês seguinte ao do pagamento até a efetiva restituição (Súmula 162 do S.T.J), substituindo-se o critério antes exposto, a partir de 1º de janeiro de 1.996, pelos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, ante o estabelecido pelo artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, observando-se, ainda, no que não conflitar com a presente decisão, os termos do Provimento n.º 64, da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3 Região.

Tendo havido sucumbência, condeno a União Federal ao pagamento das custas processuais, eventualmente despendidas pelos autores mais os honorários, arbitrados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da condenação (artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil).

Deixo de submeter a sentença ao reexame necessário, com fundamento no artigo 475, § 3º do CPC, com a nova redação dada pela Lei 10.352 de 26 de dezembro de 2001.

Sustenta a apelante, em síntese, que:

a) há prescrição quinquenal (artigo 178, § 10, inciso VI, do Código Civil, artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932 e artigo 16 do Decreto-Lei nº 2.288/1986);

b) embora os autores tenham juntado a comprovação das propriedades dos veículos no período do suposto recolhimento do empréstimo compulsório, tais documentos não bastam para devolução de eventual quantia recolhida indevidamente. Imprescindíveis as notas fiscais descritivas da aquisição de combustíveis (artigo 16, § 1º, do Decreto-Lei nº 2.288/1986), entre outros produtos nelas indicados, de forma a calcular a quantia restituível, mesmo que se faça a tão chamada "média racional de consumo";

c) a documentação de fls. 11, 12 e 14 dos autos físicos não comprovam o efetivo período em que os autores Luiz Bolla, Maria Damasceno de Souza e Luiz Carlos Marcucci foram proprietários dos veículos descritos, uma vez que mencionam somente a sua data de aquisição;

d) no caso de repetição de indébito, a jurisprudência admite a incidência de juros de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado da decisão, entendimento da Súmula 188 do STJ;

e) não pode haver incidência cumulativa da taxa SELIC (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995) e correção monetária ou juros, eis que já é composta por ambos;

f) a fazenda pública é parte vencida, a matéria da ação não é "juridicamente intrincada" e foi amplamente debatida nos tribunais e por doutrinadores e a fixação da verba honorária não está sujeita aos limites do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, razões pelas quais os honorários advocatícios devem ser reduzidos a 5% do valor da causa, conforme § 4º do mesmo dispositivo.

Pleiteia o questionamento da matéria e o provimento do recurso para que seja reformada a sentença.

Sem contrarrazões de (Id 102211491 - pág. 4).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 1302516-29.1996.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CLAUDETTE MARIA ANTONELLI BOLLA, ADILSON BOLLA, AMELIA MARIA GONCALVES BOLLA, ADRIANA BOLLA, LUIZ CARLOS MARCUCCI, LUIZ JOSE JACOMINI, PAULO SCATIMBURGO NETO, MARIA DAMASCENO DE SOUZA

Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS MOLITERNO FIRMO - SP85818-N

VOTO

Ação ordinária proposta com o objetivo de a União ser condenada a restituir aos autores valores decorrentes do pagamento de empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis instituído pelo Decreto nº 2.288/1986, considerado o consumo médio definido pela Secretaria da Receita Federal (Id 102211490 - págs. 10/13). O juízo a quo extinguiu a demanda sem resolução do mérito em relação aos autores Amélia Maria Gonçalves Boila e Carlos Alberto Montanhini e, quanto aos demais, julgou-a procedente, nos termos do relatório.

I Prescrição

A questão relativa à contagem de **prazo prescricional** dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como o do caso dos autos, foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 9/6/2005. Por outro lado, foi considerada: *válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*. O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 9/6/2005. Destaque-se julgado desta turma:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE COMBUSTÍVEIS. INCONSTITUCIONALIDADE DO DL 2288/86. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. PRAZO DECENAL. APLICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

- O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, firmou orientação no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador, para as ações ajuizadas até 09/06/2005, limitada, porém, a partir da data da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, a no máximo cinco anos. Assim, o prazo quinquenal para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, começa a fluir decorridos cinco anos do fato gerador acrescido de mais cinco anos, contados do termo final para o fisco verificar o quantum devido, de acordo com os artigos 150, §§ 1º e 4º, 156, inciso VII, 165, incisos I e II, e 168, inciso I, todos do Código Tributário Nacional. Tal posicionamento se tornou unânime depois da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do disposto no artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, pois a corte suprema entendeu que tal norma violou os princípios constitucionais da segurança jurídica e do acesso à Justiça, previstos nos artigos 1º e 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (RE nº 566.621).

- O artigo 3º da norma complementar não teve aplicação imediata, uma vez que a corte superior entendeu que referido texto não configura lei meramente interpretativa, dado que criou direito novo, de forma que sua retroação não é permitida.

- Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1368607 - 1104270-16.1998.4.03.6109, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 03/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/11/2018 - ressaltei)

No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 24/7/1996 (Id 102211490 - pág. 10). Aplicável, portanto, a tese dos "cinco mais cinco" anos, entendimento não é alterado pelas questões referentes ao artigo 178, § 10, inciso VI, do Código Civil, artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932 e artigo 16 do Decreto-Lei nº 2.288/1986 pelos motivos indicados. Não há, portanto, prescrição em relação aos pagamentos feitos entre 24/7/1986 e 5/10/1988, período objeto da restituição.

II Prova

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a pretensão de restituição de indébito referente a empréstimo compulsório sobre aquisição de combustível baseada em consumo médio, situação dos autos, é suficiente a juntada de prova da propriedade do veículo, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. CONSUMO EFETIVO. PROVA.

1. A prova de propriedade do veículo automotor é suficiente e necessária nos casos em que a repetição de indébito relativo ao empréstimo compulsório sobre combustíveis é requerida com base nas tabelas de consumo médio editadas pela Secretaria da Receita Federal.

2. Diversamente, quando a ação se fundar no consumo efetivo, faz-se necessária a apresentação de notas fiscais, sendo dispensada a comprovação da propriedade do veículo. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1054999/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 11/03/2009 - ressaltai)

São prescindíveis, em consequência, as notas fiscais descritivas da aquisição de combustíveis (artigo 16, § 1º, do Decreto-Lei nº 2.288/1986). No que diz respeito aos autores Luiz Bolla, Maria Damasceno de Souza e Luiz Carlos Marcucci, afirma a União que a documentação de fls. 11, 12 e 14 dos autos físicos não comprova o efetivo período em que foram proprietários dos veículos descritos, uma vez que mencionam somente a sua data de aquisição. Passa-se à análise:

- Luiz Bolla (documento de fl. 11 dos autos físicos - Id 102211490 - pág. 24); Certidão nº 57/91 da Delegacia de Polícia de Barra Bonita/SP – 135ª CIRETRAN, da qual consta explicitamente o período de 1986 a 1988, *verbis*:

CERTIFICA, que em cumprimento ao determinado pela Autoridade Policial e ao solicitado por LUIZ BOLLA, [...] que revendo os processos arquivados nesta Ciretran constatou-se: (1985 a 1988) [...] [ressaltei]

- Maria Damasceno de Souza (documento de fl. 12 dos autos físicos - Id 102211490 - pág. 25); Certidão nº 65/91 da Delegacia de Polícia de Barra Bonita/SP – 135ª CIRETRAN, da qual consta, exatamente nos mesmos moldes da Certidão nº 57/91, expressamente o período de 1986 a 1988;

- Luiz Carlos Marcucci (documento de fl. 14 dos autos físicos - Id 102211490 - pág. 27); Certidão nº 11/92 da Delegacia de Polícia de Barra Bonita/SP – 135ª CIRETRAN, da qual consta a data de registro – 9/1/1985 – e no campo data de alienação há um traço, o que indica a inexistência de registro da venda do veículo. Como a certificação foi feita em 1992, há prova da propriedade em todo o período de que trata este feito.

Não assiste, portanto, razão ao ente federal, uma vez que está devidamente demonstrada por esses autores a propriedade dos veículos nos anos de 1986 a 1988.

III Juros de mora

No que se refere aos juros de mora, a sentença determinou a sua incidência desde o pagamento indevido. No entanto, devem ser aplicados a partir do trânsito em julgado da sentença, consoante a Súmula 188 do STJ. Destaque-se julgado a Corte Superior:

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO.

1. Nos termos do art. 167, parágrafo único do CTN e da Súmula 188/STJ, "Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença". Tal regime é aplicável à repetição de indébito de contribuições previdenciárias, que também têm natureza tributária.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1086935/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2008, DJe 24/11/2008 – ressaltai)

Ademais, o STJ firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995), que embute em seu cálculo juros e correção monetária.

IV Honorários advocatícios

Consideradas as normas das alíneas *a, b e c* do § 3º e do § 4º do artigo 20 do CPC/1973, vigente à época da prolação da sentença, bem como o trabalho realizado pelos patronos, o tempo exigido para seu serviço e a complexidade da causa, os honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação propiciam remuneração adequada e justa ao profissional e não se afiguram irrisórios tampouco excessivos, notadamente porque o valor total a ser restituído seria, em dezembro/1995, de R\$ 5.199,73, conforme demonstrativo Id 102211490 - págs. 34/35, e isso sem considerar a extinção parcial do feito em relação a alguns autores, com o que será ainda inferior.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação** para reformar a sentença no que se refere aos juros de mora, a fim de excluir a sua incidência no período anterior a 1º/1/1996, a partir de quando deve ser aplicada a SELIC.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. PRESCRIÇÃO. PROVA PARA A RESTITUIÇÃO EQUIVALENTE AO CONSUMO MÉDIO. JUROS DE MORA. SELIC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Aplicabilidade, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como o empréstimo compulsório sobre aquisição de combustíveis, da tese dos "cinco mais cinco" anos à contagem do **prazo prescricional** nas ações ajuizadas até 9/6/2005, conforme definido pelo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.269.570/MG), que seguiu o entendimento que do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS. Na situação concreta, a demanda foi proposta em **24/7/1996**.

- A juntada de **prova da propriedade do veículo** durante o período objeto da ação é suficiente para a pretensão de restituição de indébito referente a empréstimo compulsório sobre aquisição de combustível baseada em consumo médio, situação dos autos (STJ: AgRg no REsp 1054999/SP). São prescindíveis, em consequência, as notas fiscais descritivas da aquisição de combustíveis.

- Os **juros de mora** devem ser aplicados a partir do trânsito em julgado da sentença, consoante a Súmula 188 do STJ, que, ademais, firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária.

- Consideradas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º e do § 4º do artigo 20 do CPC/1973, vigente à época da prolação da sentença, bem como o trabalho realizado pelos patronos, o tempo exigido para seu serviço e a complexidade da causa, os **honorários advocatícios** fixados em 10% do valor da condenação propiciam remuneração adequada e justa ao profissional e não se afiguram irrisórios tampouco excessivos, notadamente porque o valor total a ser restituído seria, em dezembro/1995, de **R\$ 5.199,73** e isso **sem** considerar a extinção parcial do feito em relação a alguns autores, como o que **será ainda inferior**.

- Apelação parcialmente provida para reformar a sentença no que se refere aos juros de mora, a fim de excluir a sua incidência no período anterior a 1º/1/1996, a partir de quando deve ser aplicada a SELIC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação para reformar a sentença no que se refere aos juros de mora, a fim de excluir a sua incidência no período anterior a 1º/1/1996, a partir de quando deve ser aplicada a SELIC, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029304-70.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: LOGIKA DISTRIBUIDORA DE COSMETICOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ENIO ZAHA - SP123946-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029304-70.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: LOGIKA DISTRIBUIDORA DE COSMETICOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ENIO ZAHA - SP123946-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por LOGIKA DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA. contra decisão que, em sede de execução fiscal, deferiu o pedido de bloqueio de seus ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, em razão da recusa do bem oferecido à penhora.

Alega, em síntese, que a penhora do seu estoque rotativo seria medida menos prejudicial ao patrimônio do devedor e que eventual bloqueio de dinheiro implicará constrição de seu capital de giro. Sustenta, ainda, para fins de aferição da menor onerosidade, que o débito cobrado diz respeito a crédito tributário cuja norma a qual lhe dá base é inconstitucional.

Com contraminuta (id 124245757).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029304-70.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: LOGIKA DISTRIBUIDORA DE COSMETICOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ENIO ZAHA - SP123946-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Dispõem artigos 797, 805 e 835, inciso I, do Código de Processo Civil:

"Art. 797. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

Parágrafo único. Recaindo mais de uma penhora sobre o mesmo bem, cada exequente conservará o seu título de preferência."

"Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados."

"Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

(...)"

O artigo 11 da Lei nº 6.830/80 estabelece:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

VIII - direitos e ações.

§ 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.

§ 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º.

§ 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exequente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo.

Não obstante tenha sido ofertado estoque rotativo da empresa, sem especificar quais bens o compõe (Id 106212226 - Pág. 86), é certo que à exequente existe a possibilidade de recusá-lo por qualquer das causas previstas nos artigos 835 do Código de Processo Civil e 11 da Lei nº 6.830/80, anteriormente explicitados, como foi feito no caso concreto (Id. 106212226 - Pág. 115/116). A recusa motivada não afronta o princípio da menor onerosidade para o devedor (artigo 805 do Código de Processo Civil), uma vez que a execução se opera em favor do exequente e tem por finalidade a satisfação de seu crédito (artigo 797 do CPC). Nesse sentido é o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA. RECUSA DA FAZENDA. POSSIBILIDADE. ART. 11 DA LEF. PRIORIDADE NA ORDEM DA PENHORA DO DINHEIRO AOS BENS MÓVEIS.

1. Cuidam os autos da recusa pela Fazenda de bem nomeado à penhora tanto por não atender à ordem de prioridade inserta no art. 11 da LEF quanto por sua difícil alienação.
2. Aduz a agravante que a recusa se faria válida se os bens ofertados para a penhora não fossem aptos a garantir o pagamento dos débitos executados, "prova essa que cabe única e exclusivamente ao fisco".
3. A execução se opera em prol do exequente e visa a recolocar o credor em situação de satisfatoriedade que se encontrava antes do inadimplemento. A penhora de bens móveis figura em penúltimo lugar do rol do referido artigo, não se equiparando a dinheiro ou fiança bancária.
4. O entendimento hodierno deste Tribunal confere à Fazenda a possibilidade de recusar penhora ofertada por quaisquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da LEF.
5. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no Ag 1301180 / GO - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 2010/0073789-2 - Ministro BENEDITO GONÇALVES - T1 - PRIMEIRA TURMA - DJ: 28/09/2010 - DJe 07/10/2010)(grifei)

O posicionamento desta corte não destoa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE DEBÊNTURES À PENHORA. RECUSA POR PARTE DA EXEQUENTE. POSSIBILIDADE. PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS VIA BACENJUD. ADMISSIBILIDADE. PROVIDÊNCIA DE ACORDO COM A ORDEM LEGAL DO ART. 11 DA LEI N. 6.830/80. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.- Recurso interposto contra decisão que acolheu a recusa da exequente das debêntures nomeadas à penhora, em razão da sua falta de liquidez e valor de mercado, e determinou a penhora de ativos financeiros via BacenJud. A providência está de acordo com a ordem legal insculpida pelo artigo 11 da LEF.- Registre-se, por necessário, que não obstante a execução deva ser realizada de forma menos gravosa para o devedor; deve, ao mesmo tempo, ser promovida no interesse do credor (artigos 797 e 805 do CPC/2015), sob pena de inviabilizar a própria execução. Assim, havendo expressa discordância pela exequente dos bens indicados à penhora pela executada, não há que se falar em seu acolhimento pelo magistrado.- Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AI 00026910620164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZA UHY, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/05/2016)

Saliente-se, ademais, que no julgamento do REsp 1.184.765/PA pelo regime do artigo 543-C do CPC o STJ estabeleceu que a utilização do Sistema BACENJUD no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras, o que afasta, igualmente, a aplicação do artigo 15, inciso I, da LEF. Nesse sentido, destaco:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACEN-JUD. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. ARTIGO 11, DA LEI 6.830/80. ARTIGO 185-A, DO CTN. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 11.382/2006. ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI DE ÍNDOLE PROCESSUAL. 1. A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (Precedente da Primeira Seção: REsp 1.052.081/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 26.05.2010. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1.194.067/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 01.07.2010; AgRg no REsp 1.143.806/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 21.06.2010; REsp 1.101.288/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02.04.2009, DJe 20.04.2009; e REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008. Precedente da Corte Especial que adotou a mesma exegese para a execução civil: REsp 1.112.943/MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2010). 2. A execução judicial para a cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias é regida pela Lei 6.830/80 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. 3. A Lei 6.830/80, em seu artigo 9º, determina que, em garantia da execução, o executado poderá, entre outros, nomear bens à penhora, observada a ordem prevista no artigo 11, na qual o "dinheiro" exsurge com primazia. 4. Por seu turno, o artigo 655, do CPC, em sua redação primitiva, dispunha que incumbia ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a ordem de penhora, cujo inciso I fazia referência genérica a "dinheiro". 5. Entretanto, em 06 de dezembro de 2006, sobreveio a Lei 11.382, que alterou o artigo 655 e inseriu o artigo 655-A ao Código de Processo Civil, verbis: "Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - veículos de via terrestre; III - bens móveis em geral; IV - bens imóveis; V - navios e aeronaves; VI - ações e quotas de sociedades empresárias; VII - percentual do faturamento de empresa devedora; VIII - pedras e metais preciosos; IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; XI - outros direitos. (...) Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. § 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (...)". 6. Deveras, antes da vigência da Lei 11.382/2006, encontravam-se consolidados, no Superior Tribunal de Justiça, os entendimentos jurisprudenciais no sentido da relativização da ordem legal de penhora prevista nos artigos 11, da Lei de Execução Fiscal, e 655, do CPC (EDcl nos REsp 819.052/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 08.08.2007, DJ 20.08.2007; e REsp 662.349/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 10.05.2006, DJ 09.10.2006), e de que o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (mediante a expedição de ofício à Receita Federal e ao BACEN) pressupunha o esgotamento, pelo exequente, de todos os meios de obtenção de informações sobre o executado e seus bens e que as diligências restassem infrutíferas (REsp 144.823/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02.10.1997, DJ 17.11.1997; AgRg no Ag 202.783/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 17.12.1998, DJ 22.03.1999; AgRg no REsp 644.456/SC, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.02.2005, DJ 04.04.2005; REsp 771.838/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 03.10.2005; e REsp 796.485/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 02.02.2006, DJ 13.03.2006). 7. A introdução do artigo 185-A no Código Tributário Nacional, promovida pela Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, corroborou a tese da necessidade de exaurimento das diligências conducentes à localização de bens passíveis de penhora antes da decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado, verbis: "Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. § 1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. § 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido." 8. Nada obstante, a partir da vigência da Lei 11.382/2006, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC), tornando-se prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora on line (artigo 655-A, do CPC). 9. A antinomia aparente entre o artigo 185-A, do CTN (que cuida da decretação de indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A, do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da Teoria pós-moderna do Diálogo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. 10. Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo. 11. Deveras, a ratio essendi do artigo 185-A, do CTN, é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente "colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)" (REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008). 12. Assim, a interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80 e 655 e 655-A, do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente. 13. À luz da regra de direito intertemporal que preconiza a aplicação imediata da lei nova de índole processual, infere-se a existência de dois regimes normativos no que concerne à penhora eletrônica de dinheiro em depósito ou aplicação financeira: (i) período anterior à égide da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006 (que obedeceu a *vacatio legis* de 45 dias após a publicação), no qual a utilização do Sistema BACEN-JUD pressupunha a demonstração de que o exequente não lograra êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens; e (ii) período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), a partir do qual se revela prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras. 14. In casu, a decisão proferida pelo Juízo Singular em 30.01.2008 determinou, com base no poder geral de cautela, o "arresto prévio" (mediante bloqueio eletrônico pelo sistema BACENJUD) dos valores existentes em contas bancárias da empresa executada e dos coresponsáveis (até o limite do valor exequendo), sob o fundamento de que "nos processos de execução fiscal que tramitam nesta vara, tradicionalmente, os executados têm se desfeito de bens e valores depositados em instituições bancárias após o recebimento da carta da citação". 15. Consecutivamente, a argumentação empresarial de que o bloqueio eletrônico dera-se antes da regular citação esbarra na existência ou não dos requisitos autorizadores da medida provisória (em tese, apta a evitar lesão grave e de difícil reparação, ex vi do disposto nos artigos 798 e 799, do CPC), cuja análise impõe o reexame do contexto fático-probatório valorado pelo Juízo Singular, providência obstada pela Súmula 7/STJ. 16. Destarte, o bloqueio eletrônico dos depósitos e aplicações financeiras dos executados, determinado em 2008 (período posterior à vigência da Lei 11.382/2006), não se condicionava à demonstração da realização de todas as diligências possíveis para encontrar bens do devedor. 17. Contudo, impende ressaltar que a penhora eletrônica dos valores depositados nas contas bancárias não pode descurar-se da norma inserta no artigo 649, IV, do CPC (com a redação dada pela Lei 11.382/2006), segundo a qual são absolutamente impenhoráveis "os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal". 18. As questões atinentes à prescrição dos créditos tributários executados e à ilegitimidade dos sócios da empresa (suscitadas no agravo de instrumento empresarial) deverão ser objeto de discussão na instância ordinária, no âmbito do meio processual adequado, sendo certo que o requisito do prequestionamento torna inviável a discussão, pela vez primeira, em sede de recurso especial, de matéria não debatida na origem. 19. Recurso especial fazendário provido, declarando-se a legalidade da ordem judicial que impôs no bloqueio liminar dos depósitos e aplicações financeiras constantes das contas bancárias dos executados. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Por fim, apenas para esgotamento do tema, a natureza do débito e eventual invalidade da cobrança não é ponto que afeta a análise de qual bem será objeto da constrição.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. RECUSADO BEM OFERECIDO PELO EXECUTADO. EXECUÇÃO OPERA EM FAVOR DO EXEQUENTE. BACENJUD. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

- Não obstante tenha sido ofertado estoque rotativo da empresa, sem especificar quais bens o compõe (id 106212226 - Pág. 86), é certo que à exequente existe a possibilidade de recusá-lo por qualquer das causas previstas nos artigos 835 do Código de Processo Civil e 11 da Lei nº 6.830/80, anteriormente explicitados, como foi feito no caso concreto (Id. 106212226 - Pág. 115/116). A recusa motivada não afronta o princípio da menor onerosidade para o devedor (artigo 805 do Código de Processo Civil), uma vez que a execução se opera em favor do exequente e tem por finalidade a satisfação de seu crédito (artigo 797 do CPC).

- Saliente-se, ademais, que no julgamento do REsp 1.184.765/PA pelo regime do artigo 543-C do CPC o STJ estabeleceu que a utilização do Sistema BACEN-JUD no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras, o que afasta, igualmente, a aplicação do artigo 15, inciso I, da LEF.

- Por fim, apenas para esgotamento do tema, a natureza do débito e eventual invalidade da cobrança não é ponto que afeta a análise de qual bem será objeto da construção.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008334-15.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

AGRAVADO: AUTO POSTO APINGORA LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008334-15.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

AGRAVADO: AUTO POSTO APINGORA LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de inclusão dos sócios gestores do polo passivo, ao fundamento de que o distrato é forma de dissolução regular. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (Id. 27673225 dos autos principais).

Alega, em síntese, que o encerramento voluntário das atividades empresariais sem o adimplemento dos débitos fiscais caracteriza a dissolução irregular da pessoa jurídica e justifica o redirecionamento do feito contra os sócios gestores.

Sem contramínuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008334-15.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

AGRAVADO: AUTO POSTO APINGORA LTDA - ME

VOTO

A inclusão de sócios no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, nos termos da Súmula 435 do STJ. Nesse sentido, destaque: (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03; EREsp 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004; ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005).

Relativamente à dissolução irregular da empresa, dispõe a Súmula 435/STJ: "*presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*". O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é indispensável que o oficial de justiça constate que a empresa não foi encontrada em seu endereço: (REsp 1104064/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010). Igualmente, para a configuração da responsabilidade delineada na norma tributária como consequência da dissolução, entendendo ser imprescindível a comprovação de que o sócio integrava a pessoa jurídica na qualidade de administrador quando do vencimento do tributo e do encerramento ilícito, pois somente nessa condição detinha poderes para optar pelo pagamento e por dar continuidade às atividades, em vez de encerrá-la irregularmente. Nesse sentido, destaque o entendimento da 1ª Turma da corte superior, verbis: (AgRg no AREsp 812.073/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015; STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1009997/SC - 1ª Turma - rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 02/04/2009, v.u., DJe 04/05/2009).

No caso, há registro na ficha cadastral da JUCESP do distrato social realizado em 15.01.2018 (Id. 13711035 - Pág. 04/06). Entretanto, esse ato constitui apenas uma das fases para a dissolução regular da empresa, que deve seguir as formalidades previstas nos artigos 1.033 a 1.038 e 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002. À vista da existência de débitos apontados nas CDA que instruíram o feito, resta claro o descumprimento dos preceitos legais referidos, porquanto não consta averbação de que tenha havido a necessária liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência, que é a segunda fase necessária para que se possa considerar regular a extinção da pessoa jurídica. Nesse sentido, destaque:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ EM SENTIDO OPOSTO AO JULGADO EMBARGADO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISTRATO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE RESPONSABILIZAÇÃO DO SÓCIO. NECESSIDADE DE RETORNO DO FEITO AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA EXAMINAR AS DEMAIS QUESTÕES. ACOLHIMENTO.

1. *Cuida-se de inconformismo contra acórdão do STJ que não conheceu do Recurso Especial da Fazenda Nacional, sob o fundamento de que o entendimento exarçado no acórdão impugnado - no sentido de que o distrato configura forma regular de dissolução da sociedade - encontra-se em conformidade com julgados do Superior Tribunal de Justiça.*

2. *Nesse contexto, os julgados mais recentes do STJ afirmam que a legislação societária, a doutrina e a jurisprudência registram que o distrato social é apenas uma das fases (in casu, a primeira) do procedimento de extinção da pessoa jurídica empresarial. Após o distrato, procede-se ainda à liquidação, ou seja, à realização do ativo e pagamento do passivo (e eventual partilha de bens remanescentes, em sendo o caso), para, então, decretar-se o fim da personalidade jurídica. (REsp 1.650.347/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/6/2017; AgInt nos EDcl no AgRg no REsp 1.552.835/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/9/2016; (AgRg no AREsp 829.800/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016).*

3. *O simples fato de subsistir débito tributário em aberto já revela um paradoxo que a Corte local se esquivou de enfrentar. Com efeito, a lógica que permeia a extinção da personalidade jurídica da sociedade pressupõe que será dada baixa da empresa somente após a comprovação de quitação de todos os seus débitos.*

4. *Embargos de Declaração acolhidos, para dar parcial provimento ao Recurso Especial da embargante e anular o acórdão de segunda instância para, em continuação do julgamento do recurso interposto pela Fazenda Nacional, prosseguir o Sodalício de origem na análise do preenchimento dos demais requisitos para o redirecionamento pretendido.*

(STJ; EDcl no REsp 1694691; Rel. Min. Ministro HERMAN BENJAMIN; 2ª Turma; j. em 21/11/2017).

Em conclusão, não se pode considerar como regular a extinção apenas por estar averbada na JUCESP. Assim, constatada a dissolução irregular, compete ao juízo *a quo* pronunciar-se sobre os demais requisitos para a inclusão dos sócios gestores.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO**, para determinar que o juízo *a quo* aprecie os demais requisitos para a inclusão dos sócios gestores.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISTRATO SOCIAL. AUSÊNCIA DE LIQUIDAÇÃO. APRECIÇÃO DOS DEMAIS REQUISITOS PELO JUÍZO DE ORIGEM. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A inclusão de sócios no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, nos termos da Súmula 435 do STJ. Nesse sentido, destaque: (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03; EREsp 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004; ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005).

- Relativamente à dissolução irregular da empresa, dispõe a Súmula 435/STJ: "*presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*". O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é indispensável que o oficial de justiça constate que a empresa não foi encontrada em seu endereço: (REsp 1104064/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010). Igualmente, para a configuração da responsabilidade delineada na norma tributária como consequência da dissolução, entendo ser imprescindível a comprovação de que o sócio integrava a pessoa jurídica na qualidade de administrador quando do vencimento do tributo e do encerramento ilícito, pois somente nessa condição detinha poderes para optar pelo pagamento e por dar continuidade às atividades, em vez de encerrá-la irregularmente. Nesse sentido, destaque o entendimento da 1ª Turma da corte superior, verbis: (AgRg no AREsp 812.073/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015; STJ - EDcl no EDecl no AgRg no REsp 1009997/SC - 1ª Turma - rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 02/04/2009, v.u., DJe 04/05/2009).

- No caso, há registro na ficha cadastral da JUCESP do distrato social realizado em 15.01.2018. Entretanto, esse ato constitui apenas uma das fases para a dissolução regular da empresa, que deve seguir as formalidades previstas nos artigos 1.033 a 1.038 e 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002. À vista da existência de débitos apontados nas CDA que instruíram o feito, resta claro o descumprimento dos preceitos legais referidos, porquanto não consta averbação de que tenha havido a necessária liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência, que é a segunda fase necessária para que se possa considerar regular a extinção da pessoa jurídica.

- Não se pode considerar como regular a extinção apenas por estar averbada na JUCESP. Assim, constatada a dissolução irregular, compete ao juízo *a quo* pronunciar-se sobre os demais requisitos para a inclusão dos sócios gestores.

.- Agravo de instrumento parcialmente provido para determinar que o juízo *a quo* aprecie os demais requisitos para a inclusão dos sócios gestores.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, para determinar que o juízo *a quo* aprecie os demais requisitos para a inclusão dos sócios gestores, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001298-10.2020.4.03.6114

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CORTINOVIS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MELINA MEIRELLES RAMOS - SP306644-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001298-10.2020.4.03.6114

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CORTINOVIS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MELINA MEIRELLES RAMOS - SP306644-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela União (Id. 137657030) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, após embargos de declaração opostos pelo contribuinte (Id. 137657023), foi proferida nos seguintes termos (Id. 137657027):

(...) "**CONCEDO A SEGURANÇA**, com fulcro no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, para excluir do conceito de receita bruta os valores devidos a título de ICMS destacado, em qualquer regime de recolhimento, para fins de cálculo da COFINS e do PIS, bem como **autorizo a compensação do quanto recolhido indevidamente, no quinquênio anterior à impetração**, observadas as disposições legais e infralegais correlatas, inclusive a obrigação de declarar o crédito tributário com a exigibilidade suspensa, guardar toda a documentação relativa ao mesmo crédito, enquanto não extinto, aguardar o trânsito em julga e apresentar pedido de habilitação de crédito, dentre outras. O indébito tributário será corrigido somente pela taxa SELIC, a partir do pagamento indevido. Sem condenação em honorários, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/2009.

Condeno a União ao reembolso das custas processuais adiantadas pelo impetrante. Publique-se. Registre-se. Intimem-se".

No mais, mantenho intacta a sentença, tal como lançada".

(...)

Preliminarmente, prequestiona a matéria, bem como o sobrestamento do feito, ao argumento da ausência de definitividade do acórdão proferido no RE nº 574.706 (artigo 1.040 do CPC), sob a alegação de que:

a) para se delimitar o alcance da matéria decidida e a uniforme replicação da tese firmada no julgamento de recursos repetitivos/repercussão geral, sua aplicação, nos termos do artigo 1.040 do CPC, pressupõe o conhecimento do inteiro teor do julgado, a expressa ciência dos fundamentos que o determinaram e sua definitividade, o que não ocorre no caso;

b) a parte adversa não sofrerá prejuízo com a demora se a exigibilidade estiver suspensa e há ministros do STF que reconheçam a prematuridade da aplicação da tese firmada no julgamento do tema nº 69 de repercussão geral.

No mérito argumenta, em síntese, que:

a) os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS devem integrar a base de cálculo de tais contribuições (Lei nº 10.637/2002, Lei nº 10.833/2003, Lei 9.718/98, Lei Complementar nº 70/1991, 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal e Súmulas nºs 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça);

b) com a superveniência da Lei nº 12.973/2014, os valores relativos ao ICMS compõem a receita bruta das pessoas jurídicas;

c) estabeleceu-se como base de cálculo da COFINS a receita bruta e não a líquida ou outra que ficasse no meio do caminho entre esses dois conceitos;

d) o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais;

e) a impossibilidade de compensação com qualquer tributo, bem como a limitação da compensação em mandado de segurança;

f) é necessária a atribuição de efeito suspensivo à apelação.

Contrarrazões apresentadas pela parte adversa (Id. 137657889).

Manifestação do Ministério Público Federal (Id. 138022537).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001298-10.2020.4.03.6114

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CORTINOVIS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MELINA MEIRELLES RAMOS - SP306644-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, em virtude de ter sido concedida a segurança, submeto a sentença ao reexame necessário, nos moldes do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

- Da preliminar - Do pedido de sobrestamento do feito

No que toca à preliminar apresentada pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-Agr/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-Agr/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - Agr/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-Agr/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

-Do mérito

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão dos valores de ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, nos termos da jurisprudência aludida, é de ser afastada a incidência do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

-Da Lei n. 12.973/14

Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade), *verbis*:

Art. 54. A Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)

Art. 55. A Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)

Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado, *verbis*:

Nesse sentido, de modo legítimo dispõem as atuais leis dos regimes cumulativo e não cumulativo que a base de cálculo do PIS/Cofins compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do DL nº 1.598/773, cujo §5º afirma que nela se incluem “os tributos sobre ela incidentes”. Ao lado disso, aquelas mesmas leis estabelecem que não integram a base de cálculo dessas contribuições as receitas referentes a certas situações, como vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. As exclusões exemplificadas, de fato, prescindiriam de previsão legal, já que estão fora do âmbito da materialidade das contribuições em comento, o que não ocorre com o ônus financeiro do ICMS repassado para o preço da mercadoria ou do serviço e, ao fim, transferido para a receita ou o faturamento.

(páginas 96 e 97 – voto do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli)

Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

Reconhecida a inexigibilidade, faz-se necessária a análise do pedido de restituição.

-Do prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **16/03/2020** (Id. 137656992). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

-Da necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

-Da compensação de valores indevidamente recolhidos

A impetrante pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo: [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em **2020**, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

-Do ICMS a recolher

O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo). Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris*:

(...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Da impossibilidade da compensação

Alega a União não ser adequada a via processual escolhida pela apelante, qual seja, o mandado de segurança, pois a celeridade de sua tramitação não se coaduna com pleito de compensação de créditos tributários (Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal). Entretanto, há muito o STJ editou a Súmula n. 213, que dispõe: *o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*. Aquela corte, ademais, sumulou (Súmula n. 461) que *o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado*. Por fim, destaco o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EFICÁCIA EXECUTIVA DE SENTENÇA DECLARATÓRIA. VIA ADEQUADA. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. RESP PARADIGMA 1.114.404/MG. SÚMULAS 213 E 461 DO STJ.

1. "A sentença do Mandado de Segurança, de natureza declaratória, que reconhece o direito à compensação tributária (Súmula 213/STJ: 'O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária'), é título executivo judicial, de modo que o contribuinte pode optar entre a compensação e a restituição do indébito (Súmula 461/STJ: 'O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado')" (REsp 1.212.708/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/4/2013, DJe 9/5/2013).

2. O mandado de segurança transitado em julgado reconheceu à empresa contribuinte restituir-se dos valores pagos a maior em decorrência da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n.

2.445/88 e 2.448/88, o que legitima à recorrente a "opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor (...) pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito" (REsp 1114404/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/2/2010, DJe 1º/3/2010 - submetido ao rito dos recursos repetitivos).

3. A possibilidade de a sentença mandamental declarar o direito à compensação (ou creditamento), nos termos da Súmula 213/STJ, de créditos ainda não atingidos pela prescrição não implica concessão de efeitos patrimoniais pretéritos à impetração. O referido provimento mandamental, de natureza declaratória, tem efeitos exclusivamente prospectivos, o que afasta os preceitos da Súmula 271/STF. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1466607/RS; Rel. Min. Humberto Martins; 2ª Turma; j. 05/03/2015).

- Da correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012).

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária. (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

O pedido de efeito suspensivo resta prejudicado ante a decisão que recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo (Id. 139449844).

Ante o exposto, rejeito a preliminar e dou parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial, tida por ocorrida, para determinar que a compensação seja efetivada com as limitações impostas, conforme explicitado.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. APELAÇÃO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.

- Inicialmente, no que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos: *Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.*

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

- A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditiou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

- Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, tal diploma normativo apenas manteve a expressão *total das receitas auferidas* (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade).

- No entanto, apesar de a mencionada lei incluir o § 5º ao artigo 12 deste decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente neste julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a este dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado.

- Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como *receita líquida* (receita bruta diminuída dos valores relativos a *devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta*). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, *caput*, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

- A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*".

- No tocante à comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas. Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. A ação foi proposta em 2020, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo).

- Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris: (...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido*. Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Alega a União não ser adequada a via processual escolhida pela apelante, qual seja, o mandado de segurança, pois a celeridade de sua tramitação *não se coaduna com pleito de compensação de créditos tributários* (Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal). Entretanto, há muito o STJ editou a Súmula n. 213, que dispõe: *o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*. Aquela corte, ademais, sumulou (Súmula n. 461) que *o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado*. Por fim, destaco o seguinte julgado. Precedente.

- Correção monetária do indébito. Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012). No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial n.º 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

- Preliminar rejeitada. Apelação da União e remessa oficial, tida por ocorrida, parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar e dar parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial, tida por ocorrida, para determinar que a compensação seja efetivada com as limitações impostas, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000298-66.2020.4.03.6116

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARETE

APELANTE: NERI LEAL DE ANDRADE

Advogado do(a) APELANTE: MARCIA PIKEL GOMES - SP123177-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação em mandado de segurança (Id 142341849) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo sem o julgamento do mérito, nos termos do artigo 10, § 1º, combinado com o artigo 14, § 3º, da Lei n.º 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033654-67.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: HEIDELBERG DO BRASIL SISTEMAS GRAFICOS E SERVICOS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: EVADREN ANTONIO FLAIBAM - SP65973-A, EDUARDO FROEHLICH ZANGEROLAMI - SP246414-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por HEIDELBERG DO BRASIL SISTEMAS GRÁFICOS E SERVIÇOS LTDA. contra decisão que postergou a análise da liminar requerida nos autos do Mandado de Segurança nº 5005525-92.2020.4.03.6130 (ID 149671837).

Enquanto se aguardava o julgamento do recurso, a parte agravante manifestou a desistência do recurso, em razão da perda superveniente de interesse no seu julgamento (Id. 149864808).

À vista do exposto, **HOMOLOGO A DESISTÊNCIA DO RECURSO**, nos termos do artigo 998 do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Intime-se.

Oportunamente, observadas as cautelas legais, arquivem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0055096-73.2003.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: MARJAN INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: MARCELO MARQUES RONCAGLIA - SP156680-A, JOSE ROBERTO PISANI - SP27708-A

D E S P A C H O

Intime-se MARJAN INDUSTRIA E COMERCIO LTDA para eventual manifestação sobre os embargos de declaração opostos às fls. 337/340 dos autos físicos (ID 120772485 - págs. 28/31), nos termos do artigo 1023, § 2º, do Código de Processo Civil.

Prazo: 05 (cinco) dias.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033292-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE TAQUARUSSU - MS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que, em ação de tutela cautelar, deferiu a liminar "para determinar às requeridas que formalizem proposta de convênio n. 102049/2017, desde que a inscrição no CAUC da Câmara Municipal de Taquarussu – MS seja o único impeditivo e independentemente de eventual escoamento do prazo final para esse intento." (Id. 149296187 - Pág. 2/4).

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, à vista do *periculum in mora*, decorrente de dano à coletividade.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificado o deferimento da providência pleiteada. Acerca da atribuição de efeito suspensivo em agravo de instrumento, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

[...]

Evidencia-se, assim, que a outorga do efeito suspensivo é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso.

No que se refere ao *periculum in mora*, a recorrente desenvolveu o seguinte argumento:

"Por outro lado, restou demonstrada, pela União, a verossimilhança do direito aqui defendido e o risco de lesão grave e de difícil reparação à coletividade gerado pela Decisão ora agravada, pugnando-se pela atribuição de EFEITO SUSPENSIVO ao presente Agravo."

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso, em que apenas foi suscitado genericamente prejuízo à coletividade. Frise-se que a violação à lei, à Constituição Federal e aos princípios invocados não diz respeito à urgência, mas ao mérito da controvérsia. Desse modo, ausente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO o efeito suspensivo.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032848-32.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: A E A DISTRIBUICAO E COMERCIO DE MATERIAIS ELETRICOS LTDA - EPP

Advogados do(a) AGRAVANTE: ARTUR RICARDO RATC - SP256828-A, VITOR KRICKOR GUEOGJIAN - SP247162-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por A E A DISTRIBUICAO E COMERCIO DE MATERIAIS ELETRICOS LTDA. visando a reforma da r. decisão que, em sede de ação ordinária, indeferiu o pedido liminar objetivando que a agravada se abstenha de cobrar as contribuições de Terceiros (Salário-Educação, INCRA, SENAI, SESI, SENAC, SEBRAE, DPC, Fundo Aeroviário, SENAR, SEST, SENAT e SESCOOP) ou, subsidiariamente, limite o pagamento em 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo, nos termos do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/1981.

Alega a parte agravante, em síntese, que a partir da EC 33/01 as contribuições sociais gerais ou de intervenção no domínio econômico cuja base de cálculo esteja em desacordo com aquelas permitidas pelo artigo 149 da CF não foram recepcionadas, eis que materialmente incompatíveis. Subsidiariamente, sustenta que o Decreto nº 2.318/86 revogou tão-somente a limitação imposta no art. 4º da Lei 6.950/81 para as contribuições previdenciárias, vez que nada pronunciou-se quanto às contribuições destinadas à terceiros. Requer a antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

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

O caso é de deferimento parcial da tutela requerida.

As contribuições, ora questionadas, encontram fundamento de validade no art. 149 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) - grifei

A EC nº 33/2001, portanto, não alterou o caput do art. 149, apenas incluiu regras adicionais, entre as quais, a possibilidade de estabelecer alíquotas *ad valorem* ou específicas sobre as bases ali elencadas de forma não taxativa. O uso do vocábulo “poderão” no inciso III, faculta ao legislador a utilização da alíquota *ad valorem*, com base no faturamento, receita bruta, valor da operação, ou o valor aduaneiro, no caso de importação. No entanto, trata-se de uma faculdade, o rol é apenas exemplificativo.

É certo que a Constituição, nas situações em que pretendeu limitar as bases de cálculo elegíveis adotou as expressões “incidente sobre”, “será”, “incidirá”, enquanto a utilização do verbo “poderá” é empregada em hipóteses típicas de mera faculdade, pelo que se deve entender que a EC n. 33/01 seguiu a mesma técnica legislativa.

Neste ponto a contribuição ao INCRA, que também tem fundamento de validade no art. 149 da Constituição, como contribuição de intervenção no domínio econômico, segue o mesmo raciocínio.

Ressalto que a Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 977.058/RS, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, reafirmou o entendimento de que a contribuição do adicional de 0,2% destinado ao INCRA não foi extinta pelas Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91, considerando a sua natureza jurídica de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE).

Ainda, em relação a contribuição ao INCRA, na condição de contribuição especial atípica, não se aplica a referibilidade direta, podendo ser exigida mesmo de empregadores urbanos.

Isso porque é constitucionalmente destinada a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não necessariamente é beneficiado com a atuação estatal e nem ela dá causa, sendo esse o traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas.

Anoto que a contribuição SEBRAE, que segue os mesmos moldes da contribuição ao INCRA, foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (RE 396266, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2003, DJ 27-02-2004) quando já em vigor referida Emenda.

O mesmo ocorre com as contribuições integrantes do Sistema S, como o Sesc e o Senai, que já foram objeto de análise pelo Colendo STF.

No tocante à cobrança do Salário-Educação, inicialmente, instituída pela Lei 4.440/64, mantida pelo Decreto-lei 1422/75, encontra-se atualmente prevista na Lei 9.424/96.

A constitucionalidade da cobrança do tributo segundo tal dispositivo foi atestada na Súmula 732 do Supremo Tribunal Federal: *É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996.*

Note-se que o texto do § 2º do art. 149 faz referência expressa, tanto às CIDE, quanto às contribuições sociais. No entanto, tem-se que, mesmo após a EC nº 33/2001, é perfeitamente constitucional a incidência de contribuições sociais sobre a folha de salários (art. 195, I, “a”, da CF).

Em resumo, não existe qualquer incompatibilidade de natureza constitucional entre a base de cálculo (folha de salários) das contribuições combatidas e as bases econômicas mencionadas no art. 149, § 2º, inciso III, alínea “a”, do texto constitucional.

As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem, certamente, incidir sobre a folha de salários.

Posto isto, anote-se que, no tocante ao pedido subsidiário de limitação do recolhimento das contribuições sociais devidas a terceiros, o art. 4º da Lei nº 6.950/81, assim dispõe:

Art 4º - O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único - O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros.

Por sua vez, o art. 3º do Decreto-Lei nº 2.318/86 dispõe:

Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981.

Dessa maneira, no que se refere às demais contribuições, fica mantido o limite estabelecido pelo artigo 4º da Lei nº 6.950/1981, já que o Decreto-Lei nº 2.318/1986 destina-se apenas às fontes de custeio da Previdência Social.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 40 DA LEI 6.950/1981 NÃO REVOGADO PELO ART. 30 DO DL 2.318/1986. INAPLICABILIDADE DO ÔBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Com a entrada em vigor da Lei 6.950/1981, unificou-se a base contributiva das empresas para a Previdência Social e das contribuições parafiscais por conta de terceiros, estabelecendo, em seu art. 4o., o limite de 20 salários-mínimos para base de cálculo. Sobreveio o Decreto 2.318/1986, que, em seu art. 3o., alterou esse limite da base contributiva apenas para a Previdência Social, restando mantido em relação às contribuições parafiscais.

2. Ou seja, no que diz respeito às demais contribuições com função parafiscal, fica mantido o limite estabelecido pelo artigo 4o., da Lei no 6.950/1981, e seu parágrafo, já que o Decreto-Lei 2.318/1986 dispunha apenas sobre fontes de custeio da Previdência Social, não havendo como estender a supressão daquele limite também para a base a ser utilizada para o cálculo da contribuição ao INCRA e ao salário-educação.

3. Sobre o tema, a Primeira Turma desta Corte Superior já se posicional no sentido de que a base de cálculo das contribuições parafiscais recolhidas por conta de terceiros fica restrita ao limite máximo de 20 salários-mínimos, nos termos do parágrafo único do art. 4o. da Lei 6.950/1981, o qual não foi revogado pelo art. 3o. do DL 2.318/1986, que disciplina as contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social. Precedente: REsp. 953.742/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJe 10.3.2008.

4. Na hipótese dos autos, não tem aplicação, na fixação da verba honorária, os parâmetros estabelecidos no art. 85 do Código Fux, pois a legislação aplicável para a estipulação dos honorários advocatícios será definida pela data da sentença ou do acórdão que fixou a condenação, devendo ser observada a norma adjetiva vigente no momento de sua publicação.

5. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1570980/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2020, DJe 03/03/2020-grifei)

Nem se argumente com a recente decisão de embargos de declaração no referido precedente (EDcl no AgInt no RECURSO ESPECIAL N° 1570980 - SP, Ministro RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 14/09/2020), eis que, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o entendimento ainda é mais explícito, porquanto reconhece que o contribuinte faz jus à limitação a 20 salários mínimos, nos termos do parágrafo único, do art. 4º da Lei 6.950/1981, excluindo unicamente a incidência da contribuição ao Sesi e Senai por ausência de pedido formulado pelas partes.

Vejamos:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. OBSCURIDADE VERIFICADA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDAS AO SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA, DPC E FAER. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS, NOS TERMOS DO ART. 4o. DA LEI 6.950/1981. JULGAMENTO ULTRA PETITA CARACTERIZADO EM RELAÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES AO Sesi E SENAI. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL-SENAI E OUTRO ACOLHIDOS APENAS PARA, EM INTEGRAÇÃO À DECISÃO VERGASTADA, RECONHECER QUE, NOS TERMOS DO PEDIDO INICIAL, A CONTRIBUINTE FAZ JUS À LIMITAÇÃO A 20 SALÁRIOS MÍNIMOS RESTRITA ÀS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS AO SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA, DPC E FAER.

(...)

3. Em relação às contribuições ao Sesi e Senai, houve expressa referência, na petição inicial, de que não se pretendeu limitá-las, tanto que foram regularmente recolhidas e não impugnadas pela empresa. 4. Segundo a dicção dos arts. 128 e 460 do CPC/1973, vigente à época da propositura da presente ação, o juiz só pode decidir a lide nos limites em que proposta, sendo-lhe vedado julgar além, aquém ou fora do pedido do autor: 5. Sendo assim, ocorrendo julgamento para além do pedido (ultra petita), para que haja a readequação ao princípio da congruência, o comando deve ser reduzido, até mesmo de ofício, ao âmbito do pedido formulado pelas partes. 6. Logo, nos termos do pedido inicial, reconhece-se que a Contribuinte faz jus à limitação a 20 salários mínimos restrita às contribuições devidas ao salário-educação, INCRA, DPC e FAer, nos termos do parág. único, do art. 4o. da Lei 6.950/1981, haja vista que a postulação não abrange as contribuições ao Sesi e Senai. 7. Embargos de Declaração do SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL-SENAI E OUTRO acolhidos, a fim de reconhecer que a Contribuinte faz jus à limitação a 20 salários mínimos restrita às contribuições devidas ao salário-educação, INCRA, DPC e FAer, nos termos do parág. único, do art. 4o. da Lei 6.950/1981.

Logo, o artigo 4º da Lei nº 6.950/81, permanece vigente para a apuração das contribuições destinadas a terceiros/parafiscais.

Demonstrado o *fumus boni iuris*, verifico a presença do *periculum in mora*, já que, sem a decisão judicial pretendida, a parte agravante sofre o risco de cobrança indevida, inclusive com inscrição de valores em dívida ativa, além de se submeter à estreita e demorada via da repetição do indébito.

Ante o exposto, **defiro parcialmente a antecipação da tutela recursal**, apenas no que tange ao pedido subsidiário, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz a quo.

Intime-se a parte agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033442-46.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: HENRIQUE ASSUNCAO PRATAS SOBRAL - RJ131945

AGRAVADO: SUINO CAPRINO E AGROPECUARIAS A SUCASA, JOAO BOSCO FERREIRA GOMES, MARCIA HELENA COUTO FERREIRA GOMES

Advogado do(a) AGRAVADO: LUCAS HOLLANDA BELFORT - PE39078

Advogado do(a) AGRAVADO: LUCAS HOLLANDA BELFORT - PE39078

Advogado do(a) AGRAVADO: LUCAS HOLLANDA BELFORT - PE39078

DESPACHO

Considerando não ser possível a visualização do processo principal, vez que decretado sigilo naqueles autos, intime-se a parte agravante para que, nos termos do parágrafo único do artigo 932 do CPC, traga aos autos a certidão de intimação da r. decisão agravada, para que seja possível verificar a tempestividade do recurso, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de não conhecimento.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5002574-21.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: STEPHANY DAQUILA DE SOUZA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: OSWALDO DE SOUZA JUNIOR - SP255650-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), tendo em vista que no presente feito há **anotação de sigilo/segredo**, procedi, nesta data, à intimação das partes do v. acórdão de ID [149443511](#), por meio deste ato ordinatório.

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002817-78.2019.4.03.6106

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NUTRIMAX S.A., DISPROQUIMA BRASIL

Advogado do(a) APELADO: SERGIO PINHO DO NASCIMENTO JUNIOR - RJ096002-A

Advogado do(a) APELADO: SERGIO PINHO DO NASCIMENTO JUNIOR - RJ096002-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002817-78.2019.4.03.6106

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NUTRIMAX S.A., DISPROQUIMA BRASIL

Advogado do(a) APELADO: SERGIO PINHO DO NASCIMENTO JUNIOR - RJ096002-A

Advogado do(a) APELADO: SERGIO PINHO DO NASCIMENTO JUNIOR - RJ096002-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela **União** (Id. 139329275) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, foi proferida nos seguintes termos (Id. 139329270):

(...) “**CONCEDO A SEGURANÇA** para declarar o direito de não incluir o valor do ISS incidente no desembaraço aduaneiro, bem como o valor das próprias contribuições, nas bases de cálculo das contribuições devidas ao PIS-Importação e à COFINS-Importação, apuradas com base no artigo 7º, inciso II, da Lei nº 10.865/2004, bem como declarar o direito de compensar os valores recolhidos a tal título.

A compensação será efetuada com quaisquer tributos e contribuições correspondentes a períodos subsequentes e administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, sendo vedada a cessão do crédito a terceiros, conforme Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil, observando-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, retrocedidos a partir do ajuizamento da presente ação, nos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 (REsp Nº 328.043-DF).

O valor a ser compensado será acrescido de juros obtidos pela aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido até o mês anterior ao da compensação ou restituição, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada (artigo 89, § 4º, da Lei Federal n. 8.212/81, com a redação dada pela Lei Federal n. 11.941/2009).

A compensação somente será efetivada após o trânsito em julgado desta sentença, nos termos do artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Os demais procedimentos deverão obedecer às disposições da Lei nº 9.430/96, na sua redação atual, e às Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil, **no que não discorde da presente decisão**, em tudo sujeitos à fiscalização e posterior homologação pelo Fisco.

Defiro o pedido de tutela provisória para desobrigar a impetrante de incluir o valor que despende a título de ISS incidente no desembaraço aduaneiro e o valor das próprias contribuições, na base de cálculo das vincendas contribuições ao PIS-Importação e à COFINS-Importação.

Repiso, todavia, que a presente tutela provisória não abrange o direito de compensação reconhecido nesta sentença antes de seu trânsito em julgado, a teor do disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Custas na forma da lei.

Incabíveis honorários advocatícios (artigo 25 da Lei Federal n. 12.016, de 7 de agosto de 2009).

Sentença sujeita ao reexame necessário (artigo 14, § 1º, da Lei Federal n. 12.016, de 7 de agosto de 2009)''.

(...)

Alega a União, em síntese, que:

- a) não se aplica o julgamento em repercussão geral no RE 559.937/RS;
- b) houve afronta aos artigos 149, §2º, II, 150, II, e 195, IV, da CF/88;
- c) a compensação deve restringir-se a parcelas recolhidas a partir da data de impetração e não retroagir até o limite delimitado pela prescrição;
- d) não é possível a compensação com qualquer tributo, bem como que o período de apuração tanto do crédito quanto do débito deve ser posterior à utilização do e-Social (Lei n.13.670/2018).

Contramizações apresentadas (Id. 139329280).

Manifestação do Ministério Público Federal (Id. 139831466).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5002817-78.2019.4.03.6106

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NUTRIMAX S.A., DISPROQUIMA BRASIL

Advogado do(a) APELADO: SERGIO PINHO DO NASCIMENTO JUNIOR - RJ096002-A

Advogado do(a) APELADO: SERGIO PINHO DO NASCIMENTO JUNIOR - RJ096002-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Do mérito

A questão da instituição das contribuições relativas ao PIS-importação e à COFINS-importação, bem como da inclusão na base de cálculo das mencionadas exações do ICMS e do montante das próprias contribuições está pacificada, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal declarou, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 559.937/RS, no qual foi reconhecida a repercussão geral da questão, a validade de sua instituição por lei ordinária, além da inconstitucionalidade de parte do inciso I do artigo 7º da Lei nº 10.865/2004, qual seja: *acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições*. (RE 559937, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013 EMENT VOL-02706-01 PP-00011). Portanto, afigura-se plenamente cabível a aplicação do mesmo raciocínio utilizado no julgamento à situação concreta apresentada nos autos (ISS).

Os embargos de declaração opostos contra esse *decisum*, nos quais se postulou a modulação dos seus efeitos, não foram acolhidos (RE 559937 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-10-2014 PUBLIC 14-10-2014).

- Da Lei n. 12.973/14

Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade), *verbis*:

Art. 54. A Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 55. A Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 2º O Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado, *verbis*:

Nesse sentido, de modo legítimo dispõem as atuais leis dos regimes cumulativo e não cumulativo que a base de cálculo do PIS/Cofins compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do DL nº 1.598/773, cujo §5º afirma que nela se incluem “os tributos sobre ela incidentes”. Ao lado disso, aquelas mesmas leis estabelecem que não integram a base de cálculo dessas contribuições as receitas referentes a certas situações, como vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. As exclusões exemplificadas, de fato, prescindiriam de previsão legal, já que estão fora do âmbito da materialidade das contribuições em comento, o que não ocorre com o ônus financeiro do ICMS repassado para o preço da mercadoria ou do serviço e, ao fim, transferido para a receita ou o faturamento.

(páginas 96 e 97 – voto do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli)

Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

Reconhecida a inexigibilidade, faz-se necessária a análise do pedido de restituição.

- Do prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de débitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: *“válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”*.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 09/07/2019 (Id. 139329247). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

- Da necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Da compensação de valores indevidamente recolhidos

A impetrante pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996: *(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)*

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução nº 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar nº 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Da correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (*AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012*).

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária. (*REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009*).

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento à apelação da União e à remessa oficial.

É como voto.

E M E N T A

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS INCIDENTES SOBRE A IMPORTAÇÃO. LEI N.º 10.865/04. EXIGIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO (RE 559.937/RS). PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. COMPENSAÇÃO. ART. 170-ADO CTN. APLICABILIDADE. APELAÇÃO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

- A questão da inclusão do ICMS e do montante das próprias contribuições na base de cálculo do PIS-importação e da COFINS-importação está pacificada, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal declarou, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 559.937/RS, no qual foi reconhecida a repercussão geral da questão, a inconstitucionalidade de parte do inciso I do artigo 7º da Lei nº 10.865/2004, qual seja: *acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições*. Portanto, afigura-se plenamente cabível a aplicação do mesmo raciocínio utilizado no julgamento à situação concreta apresentada nos autos (ISS).

- Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, tal diploma normativo apenas manteve a expressão *total das receitas auferidas* (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade).

- No entanto, apesar de a mencionada lei incluir o § 5º ao artigo 12 deste decreto-lei, entendendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente neste julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a este dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado.

- Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como *receita líquida* (receita bruta diminuída dos valores relativos a *devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta*). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, *caput*, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

- A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de débitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*".

- No tocante à comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizou o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas. Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais nº 1.164.452/MG e nº 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução nº 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar nº 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Correção monetária do indébito. Quanto à correção monetária, salientando-se que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012). No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial nº 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

- Preliminar rejeitada. Apelação da União e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar e negar provimento à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005841-77.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: AMAURI CORREA GONCALVES

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005841-77.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: AMAURI CORREA GONCALVES

Advogados do(a) PARTE AUTORA: ERIKA CARVALHO - SP425952-A, VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Reexame necessário de sentença que, nos autos de mandado de segurança, concedeu a ordem, nos termos do artigo 1º da Lei nº 12.016/09, para confirmar a liminar que resultou na análise e conclusão do benefício de aposentadoria objeto destes autos. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios *ex vi* do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009. (ID. 140931632).

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido do prosseguimento do feito. (ID. 141361374).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005841-77.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: AMAURI CORREA GONCALVES

Advogados do(a) PARTE AUTORA: ERIKA CARVALHO - SP425952-A, VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal estabelece, em seus artigos 48 e 49, o dever de se proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e para a violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (CF, art. 5º, inciso LXXVIII). Nesse sentido, merece destaque a jurisprudência desta corte:

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE NA ANÁLISE DE REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

I - O impetrante alega na inicial que em 20/5/16 formulou requerimento administrativo de aposentadoria por idade perante o INSS (NB 42/177.351.545-1), no entanto, "desde o requerimento, mesmo após ter apresentado todos os documentos necessários para o postulado direito, o benefício do Impetrante continua em análise" (fls. 3). Informou, ainda, que em consulta ao sistema do INSS, consta a informação "Benefício Habilitado", motivo pelo qual requer a concessão da segurança para que seja processado o pedido administrativo. Considerando que a análise administrativa está sem solução desde 20/5/16 e o presente mandamus foi impetrado em 20/10/16, ultrapassou-se muito o prazo fixado, por analogia, pelo art. 174 do Decreto nº 3.048/99 e a Lei nº 9.784/99, que fixam prazo de até 45 dias a partir da data da documentação comprobatória para análise do pleito.

II - Em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula nº 105 do C. Superior Tribunal de Justiça.

III - Remessa oficial improvida. (REO n.º 00116772220164036119, rel. Des. Federal NEWTON DE LUCCA, Oitava Turma, Julg.: 25/06/2018, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018 ..FONTE_REPUBLICAÇÃO).

Dessa forma, requerido o benefício em 13/02/2019, constata-se que a parte autora, na data de impetração do mandado de segurança (22/05/2019), encontrava-se há mais de 03 meses à espera da análise de sua pretensão de concessão do benefício. Evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante.

Destarte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença, que determinou que a autarquia impetrada analise e conclua o requerimento do benefício de aposentadoria.

Ante o exposto, **nego provimento à remessa oficial.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INSS. PRAZO RAZOÁVEL. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA.

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e para a violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (CF, art. 5º, inciso LXXVIII). (Precedente).

- Requerido o benefício em 13/02/2019, constata-se que a parte autora, na data de impetração do presente mandado de segurança (22/05/2019), encontrava-se há mais de 03 meses à espera da análise de sua pretensão de concessão do benefício. Evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante.

- Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005261-47.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EDSON ALVES

Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005261-47.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EDSON ALVES

Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

RELATÓRIO

Reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo INSS contra a sentença que, nos autos de mandado de segurança, concedeu a ordem e extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para determinar que a autoridade coatora conclua o processo de concessão/revisão do benefício, no prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar da notificação. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios *ex vi* do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula nº 105 do Superior Tribunal de Justiça. (ID. 139532810).

Sustenta o apelante, em síntese, que (ID. 104600374):

- a) a obtenção de benefício requer do segurado a apresentação de requerimento administrativo capaz de permitir à administração a avaliação do cumprimento dos requisitos previstos em lei;
- b) a ausência ato administrativo de indeferimento impede que se busque a tutela jurisdicional, na medida em que se deve resguardar a atuação dos poderes dentro das searas de competências definidas pelo legislador constitucional;
- c) o que se pretende é a imposição judicial de prazo intransponível e peremptório de avaliação do requerimento pela autarquia, sem que sejam levados em consideração os critérios inerentes ao desempenho das funções administrativas pelo poder público;
- d) dúvidas não há quanto ao direito-dever da recorrente de apreciar os requerimentos administrativos de benefícios previdenciários, que é a sua função essencial definida pelo legislador, dentro da seara de competência do Poder Executivo;
- e) os recursos públicos são finitos e a administração precisa eleger prioridades de atuação, inclusive é necessário tempo para realizar as devidas adequações para garantir o desempenho satisfatório de suas atividades, nas situações de intercorrências que fogem do controle do gestor;
- f) incide no caso o princípio da reserva do possível, dado que a apelante sofreu as consequências de aposentadorias em massa de servidores públicos, porém os recursos são escassos para resolução imediata dos problemas. Assim, cabe aos gestores adotar medidas capazes de solucionar ou minorar drasticamente os efeitos dessas questões;
- g) a Carta Magna de 1988 estabelece a igualdade no rol de direitos e garantias fundamentais, conceito espalhado por diversas previsões constitucionais, desde o preâmbulo até a inserção como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;
- h) não há como o poder público, no exercício do seu mister, distanciar-se das balizas estruturantes do tratamento isonômico e impessoal, norma voltada para todos os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário);
- i) garantir via da tutela jurisdicional que o requerimento da parte autora seja apreciado em exíguo lapso temporal acarreta o tratamento dispar dos cidadãos que aguardam o pronunciamento da autarquia previdenciária, constitui uma verdadeira burla à fila cronológica de análise (precedente);
- j) a imposição da quebra da fila temporal de análise dos pleitos de benefícios viola o disposto nos artigos 5º, *caput*, e 37, *caput*, ambos da Constituição Federal de 1988, os quais garantem o tratamento isonômico e impessoal a todos os brasileiros;

k) são inaplicáveis os prazos definidos nos artigos 49 da Lei nº 9.784/99 e 41-A da Lei nº 8.213/91. Aplica-se o disposto nos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;

l) aplica-se no parâmetro temporal de 90 dias, conforme o decidido no RE nº 631.240/MG;

m) prequestiona-se os artigos 2º, 5º, *caput*, 37, *caput*, todos da Constituição Federal, 49 da Lei nº 9.784/99, 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91 e 20, 21 e 22 do Decreto-Lei nº 4.657/1942.

Requer seja denegada a segurança e inversão do ônus da sucumbência.

Com contrarrazões (ID. 104600381), nas quais aduz que já foi cumprido o solicitado.

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido do desprovimento da remessa oficial e da apelação. (ID. 122796003).

ID. 132366168, decisão que determinou a redistribuição do feito.

ID. 138615446, decisão que recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005261-47.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EDSON ALVES

Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, não merece acolhimento a alegação de que não há ato ilegal ou abuso de poder de autoridade no exercício da função pública a amparar o mandado de segurança, uma vez que se pretende no presente *mandamus* o reconhecimento do direito do impetrante à conclusão de seu requerimento

Cabe destacar que a Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal estabelece, em seus artigos 48 e 49, que a administração tem o dever de proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e para a violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (CF, art. 5º, inciso LXXVIII). Nesse sentido, merece destaque a jurisprudência desta corte:

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE NA ANÁLISE DE REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

I - O impetrante alega na inicial que em 20/5/16 formulou requerimento administrativo de aposentadoria por idade perante o INSS (NB 42/177.351.545-1), no entanto, "desde o requerimento, mesmo após ter apresentado todos os documentos necessários para o postulado direito, o benefício do Impetrante continua em análise" (fls. 3). Informou, ainda, que em consulta ao sistema do INSS, consta a informação "Benefício Habilitado", motivo pelo qual requer a concessão da segurança para que seja processado o pedido administrativo. Considerando que a análise administrativa está sem solução desde 20/5/16 e o presente mandamus foi impetrado em 20/10/16, ultrapassou-se muito o prazo fixado, por analogia, pelo art. 174 do Decreto nº 3.048/99 e a Lei nº 9.784/99, que fixam prazo de até 45 dias a partir da data da documentação comprobatória para análise do pleito.

II - Em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula nº 105 do C. Superior Tribunal de Justiça.

III - Remessa oficial improvida. (REO n.º 00116772220164036119, rel. Des. Federal NEWTON DE LUCCA, Oitava Turma, Julg.: 25/06/2018, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018 ..FONTE_REPUBLICAÇÃO).

Dessa forma, requerida a análise do pedido administrativo em 26/09/2018, constata-se que a parte autora, na data de impetração do presente mandado de segurança (10/05/2019), encontrava-se há mais de 07 meses à espera da análise de sua pretensão. Evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, de modo que descabido o prazo adicional de 90 dias.

Os artigos 2º, 5º, *caput*, 37, *caput*, todos da Constituição Federal, 49 da Lei nº 9.784/99; art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91 e arts. 20, 21 e 22 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 harmonizam-se com a fundamentação exposta.

Destarte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença, ao determinar que a autoridade coatora conclua o processo de concessão/revisão do benefício requerido, no prazo máximo de 30 dias.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e ao apelo do INSS.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INSS. PRAZO RAZOÁVEL. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

- Não merece acolhimento a alegação de que não há ato ilegal ou abuso de poder de autoridade no exercício da função pública a amparar o mandado de segurança, uma vez que se pretende no presente *mandamus* o reconhecimento do direito do impetrante à conclusão de seu requerimento.

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e para a violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (CF, art. 5º, inciso LXXVIII). (Precedente).

- Requerida a análise do pedido administrativo em 26/09/2018, constata-se que a parte autora, na data de impetração do presente mandado de segurança (10/05/2019), encontrava-se há mais de 07 meses à espera da análise de sua pretensão. Evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, de modo que descabido o prazo adicional de 90 dias.

- Os artigos 2º, 5º, *caput*, 37, *caput*, todos da Constituição Federal, 49 da Lei nº 9.784/99; art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, e arts. 20, 21 e 22 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 harmonizam-se com a fundamentação exposta.

- Nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença, ao determinar que a autoridade coatora conclua o processo de concessão/revisão do benefício requerido, no prazo máximo de 30 dias.

- Remessa necessária e apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial e ao apelo do INSS, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0534901-35.1996.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DISS'K ATACADO IMPORTACAO EXPORTACAO LTDA, DOUGLAS DENSER, LUIZ ANTONIO MARCONDES

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0534901-35.1996.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DISS'K ATACADO IMPORTACAO EXPORTACAO LTDA, DOUGLAS DENSER, LUIZ ANTONIO MARCONDES

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apeleção interposta pela UNIÃO contra sentença que, em sede de execução fiscal, extinguiu o processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso IV, do CPC.

Alega, em síntese, que houve propositura de ação penal por crime falimentar em face dos coexecutados DOUGLAS DENSER e LUIZ ANTONIO MARCONDES, e, em razão disso, a execução fiscal deve prosseguir contra eles.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0534901-35.1996.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DISS'K ATACADO IMPORTACAO EXPORTACAO LTDA, DOUGLAS DENSER, LUIZ ANTONIO MARCONDES

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A inclusão de sócios-gerentes no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada no artigo 135, inciso III, do CTN. Quando os nomes dos corresponsáveis não constam da certidão da dívida ativa, somente é cabível se comprovados atos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato, ao estatuto social ou, ainda, na hipótese de encerramento irregular da sociedade.

Dispõe a Súmula 435 do STJ:

"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente."

No caso dos autos, constata-se da ficha cadastral da JUCESP (id 39824959 - Pág. 22/24) que foi decretada a falência da empresa executada em 13.05.1996, o que é forma regular de extinção da sociedade e impede a responsabilização dos sócios sem a prova de atos de gestão fraudulentos, notadamente porque a pessoa jurídica foi regularmente chamada à lide e o não recolhimento de tributos não configura infração legal que possibilite o enquadramento nos termos do art. 135, inc. III, do CTN Confira-se, portanto, o entendimento da corte superior, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07. ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. ART. 40 DA LEI 6.830/80. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXCLUSÃO DA MULTA IMPOSTA. SÚMULA N.º 98/STJ.

- 1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.*
- 2. Precedentes da Corte: ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005.*
- 3. O patrimônio da sociedade deve responder integralmente pelas dívidas fiscais por ela assumidas.*
- 4. Os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica são pessoalmente responsáveis pelos créditos relativos a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto (art. 135, inc. III, do CTN).*
- 5. O não recolhimento de tributos não configura infração legal que possibilite o enquadramento nos termos do art. 135, inc. III, do CTN.*
- 6. Nos casos de quebra da sociedade, a massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa.*
- 7. Revisar o entendimento a que chegou o Tribunal de origem, implicaria, necessariamente, o reexame de provas contidas nos autos, o que não é permitido em sede de recurso especial, haja vista o disposto na Súmula 07 deste eg. Tribunal.*

(...)

11. Exclusão da multa imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, ante a ratio essendi da Súmula 98 do STJ.

12. Agravo regimental parcialmente provido, tão-somente no que tange ao afastamento da multa imposta." - Grifei.

(STJ - AgRg no REsp 1160974/MG - 1ª Turma - rel. Min. LUIZ FUX, j. 15/06/2010, v.u., DJe 29/06/2010)

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA SEM POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO-GERENTE - REDIRECIONAMENTO - ALEGAÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR

1. A controvérsia essencial destes autos restringe-se ao exame de extinção de feito executivo, em razão de falta de interesse processual da Fazenda.
2. O acórdão do Tribunal a quo, ao confirmar a decisão que extinguiu a execução fiscal, porquanto encerrada a falência sem comprovação de que algum sócio teria agido com excesso de mandato ou infringência à lei ou a estatuto, agiu em estrita observância à jurisprudência dominante do STJ.
3. Depreende-se do artigo 135 do CTN que a responsabilidade fiscal dos sócios restringe-se à prática de atos que configurem abuso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos da sociedade.
4. Infere-se, pois, que o sócio deve responder pelos débitos fiscais do período em que exerceu a administração da sociedade apenas se ficar provado que agiu com dolo ou fraude e exista prova de que a sociedade, em razão de dificuldade econômica decorrente desse ato, não pôde cumprir o débito fiscal. Obviamente que o ônus da prova, segundo o caso-líder relatado pelo Min. Castro Meira, poderá variar conforme esteja o nome do sócio inscrito previamente no CDA (EREsp 702.232-RS).
5. No mérito, em síntese, é entendimento assente no STJ que o redirecionamento da execução para o sócio-gerente só é possível quando houver comprovação do abuso do poder ou infringência à lei, ou ao contrato social ou estatuto, a teor do que dispõe a lei tributária (artigo 135 do Código Tributário Nacional).
6. O acórdão recorrido, em apreciação das alegações das partes sobre o ponto específico da responsabilidade do sócio, entendeu inexistir comprovação do exercício de gerência por parte do recorrido. Verificar se ocorreu ou não a hipótese é adentrar na matéria fática probante dos autos. Incide, na espécie, o enunciado 07 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.
7. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp 894182 / RS, 2006/0227734-6, Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ 22/06/2007 p. 403)

Ainda nesse ponto, cumpre consignar que, apesar ter existido apuração de crime falimentar, verifico que a exequente limitou a instrução processual tão-somente ao extrato de andamento processual eletrônico atinente àquele feito (id 39824959 - fls. 18/20), bem como a sua certidão de objeto e pé (id. cit - fl. 21). De ambos os documentos, depreende-se apenas que houve a propositura de ação penal e a punibilidade foi extinta por força da prescrição, sem qualquer decisão acerca da existência ou não da conduta delitiva. Dessa forma, considerado o conjunto probatório existente, não há qualquer elemento que propicie um juízo seguro de que houve falência irregular ou fraudulenta, razão pela qual deve ser mantida integralmente a extinção do feito em relação aos sócios DOUGLAS DENSER e LUIZ ANTONIO MARCONDES.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação.**

É o meu voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO CÍVEL. REDIRECIONAMENTO. FALÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DE ATOS DE GESTÃO FRAUDULENTA. DISSOLUÇÃO REGULAR. RECURSO DESPROVIDO.

- A inclusão de sócios-gerentes no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada no artigo 135, inciso III, do CTN. Quando os nomes dos corresponsáveis não constam da certidão da dívida ativa, somente é cabível se comprovados atos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato, ao estatuto social ou, ainda, na hipótese de encerramento irregular da sociedade.

- Dispõe a Súmula 435 do STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente."

- No caso dos autos, constata-se da ficha cadastral da JUCESP que foi decretada a falência da empresa executada em 13.05.1996, o que é forma regular de extinção da sociedade e impede a responsabilização dos sócios sem a prova de atos de gestão fraudulentos, notadamente porque a pessoa jurídica foi regularmente chamada à lide e o não recolhimento de tributos não configura infração legal que possibilite o enquadramento nos termos do art. 135, inc. III, do CTN Confira-se, portanto, o entendimento da corte superior,

- Ainda nesse ponto, cumpre consignar que, apesar ter existido apuração de crime falimentar, verifico que a exequente limitou a instrução processual tão-somente ao extrato de andamento processual eletrônico atinente àquele feito, bem como a sua certidão de objeto e pé. De ambos os documentos, depreende-se apenas que houve a propositura de ação penal e a punibilidade foi extinta por força da prescrição, sem qualquer decisão acerca da existência ou não da conduta delitiva. Dessa forma, considerado o conjunto probatório existente, não há qualquer elemento que propicie um juízo seguro de que houve falência irregular ou fraudulenta, razão pela qual deve ser mantida integralmente a extinção do feito em relação aos sócios DOUGLAS DENSER e LUIZ ANTONIO MARCONDES.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011043-90.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DIGITAL STARS PRODUÇÕES E VENDAS S.A.

Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO THURLER ERTHAL DE FREITAS - RJ184196-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011043-90.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DIGITAL STARS PRODUCOES E VENDAS S.A.

Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO THURLER ERTHAL DE FREITAS - RJ184196-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto por **Digital Stars Produções e Vendas S. A.** (id 134221204) contra a sentença que, em sede de mandado de segurança no qual se buscava a declaração da inexigibilidade do recolhimento dos valores de PIS e COFINS sobre suas próprias bases de cálculo, além do direito à compensação do montante recolhido a tal título nos últimos 5 anos, julgou improcedente o pedido. Sem honorários advocatícios (id 134221197).

Alega a apelante, em síntese, que:

a) com as alterações trazidas pela Lei nº 12.973/2014, os artigos 1º das Leis n.º 10.637/2002 e 10.833/2003 passaram a prever que o PIS e a COFINS devem incidir sobre o total das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas (art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77), em aparente tentativa de dar *ares* de legalidade à longa discussão travada no Egrégio STF, recentemente julgada no RE nº 574.706, em sede de repercussão geral;

b) com o posicionamento da RFB, é exigida a inclusão do PIS/COFINS sobre suas próprias bases, já que, no conceito de receita bruta tributável, incluem-se os tributos incidentes sobre as vendas. As contribuições discutidas, ainda que componham o preço da mercadoria para fins financeiros, não constituem receita própria da atividade do contribuinte, mas receita da União Federal;

c) tal forma de cálculo, que afronta os artigos 195, § 4º, e 154, inciso I, da Constituição, além do artigo 6º do CTN, já foi *condenada* pelo STF, ao firmar, em sede de repercussão geral, a tese de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”;

d) a não observância do princípio da capacidade contributiva pelo Fisco gera efeito confiscatório à exaustão, o que é vedado (artigo 150, inciso IV, da CF).

Pede a reforma integral do julgado.

Com contrarrazões (id 134221208)

O MPF manifestou-se no sentido do prosseguimento do feito (id 135182536).

É o relatório.

A Excelentíssima Desembargadora Federal

MARLI FERREIRA:

Peço vênia ao e. Relator para divergir.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “*base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente*”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “*por dentro*”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, *verbis*:

"EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória."

(RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010)

"Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas n.ºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.
2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.
3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).
4. Agravo regimental não provido."

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS.

1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.
2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.
3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, verbis:

"RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: 'XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos'.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

(...)

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)"

(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser mantida a r. sentença que denegou a ordem e manteve a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011043-90.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DIGITAL STARS PRODUCOES E VENDAS S.A.

Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO THURLER ERTHAL DE FREITAS - RJ184196-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo o apelo e passo ao julgamento.

Preende-se no presente *mandamus* o reconhecimento do direito à exclusão do PIS e da COFINS de suas próprias bases de apuração, bem como à compensação dos valores recolhidos indevidamente. O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido.

Assiste razão ao apelante.

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência numerais que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativas a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excrecência cobrar tributo de quem recolhe tributo.

-Do entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, porque, ao contrário do que ocorre com as contribuições ao PIS e à COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integrar, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **Junho de 2019**. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior; a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, *verbis*: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei n.º 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei n.º 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n.º 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n.º 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no art. 74 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996: [\(Incluído pela Lei n.º 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pela sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em **2019**, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsp's 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **dou provimento ao apelo interposto**, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido e, assim, determinar a exclusão do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como reconhecer o direito à compensação do montante recolhido a maior, nos termos explicitados. Honorários advocatícios indevidos (Súmula n.º 512 do STF). Custas *ex vi legis*.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No que atine à questão acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.
2. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.
3. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.
4. Em igual andar esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.
5. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava provimento ao apelo interposto, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido e, assim, determinar a exclusão do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como reconhecer o direito à compensação do montante recolhido a maior, nos termos explicitados, honorários advocatícios indevidos (Súmula n.º 512 do STF) e custas ex vi legis. Lavrará acórdão a Des. Fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, §1.º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008786-86.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: M. P. DINARDI & CIA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RAQUEL HELEN MARIANO MACHADO - SP425547-A, LUCAS HENRIQUE MOISES - SP269647-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008786-86.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: M. P. DINARDI & CIA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RAQUEL HELEN MARIANO MACHADO - SP425547-A, LUCAS HENRIQUE MOISES - SP269647-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto por **M. P. Dinardi e Cia Ltda** (id 135652973) contra a sentença que, em sede de mandado de segurança no qual se buscava a declaração da inexigibilidade do recolhimento dos valores de PIS e COFINS sobre suas próprias bases de cálculo, além do direito à compensação do montante recolhido a tal título nos últimos 5 anos, julgou improcedente o pedido e denegou a ordem. Sem honorários advocatícios (id 135652964).

Alega a apelante, em síntese, que:

a) inobstante à Lei nº 12.973/2014 prescrever que na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes, o STF firmou entendimento, nos autos do RE nº 574.706, sob a sistemática de repercussão geral que, conforme o art. 195, inciso I, alínea “b”, da CF, o ICMS não integra o conceito de contribuição para o PIS/COFINS, já que não representa aumento de patrimônio do contribuinte;

b) de forma análoga, as próprias contribuições ao PIS e à COFINS também não devem compor a sua própria base de cálculo e deve aplicar-se o mesmo raciocínio. As contribuições discutidas são ingressos que têm por destino o pagamento de terceiros (FN) e não se incorporam ao patrimônio da pessoa jurídica;

c) o CTN, em seu art. 110, estabelece a impossibilidade de a lei tributária alterar conceitos de Direito Privado, de modo a ampliar a hipótese de incidência prevista na Constituição Federal. A apuração das contribuições na forma pretendida pela apelada fere o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF).

Pede a reforma do julgado, ou a suspensão do feito até o julgamento definitivo do RE 1233096/RS.

Com contrarrazões (id 135653033).

O MPF manifestou-se no sentido do prosseguimento do feito (id 136630670).

A decisão de id 136717498 recebeu o recurso apenas no efeito devolutivo.

É o relatório.

A Excelentíssima Desembargadora Federal

MARLI FERREIRA:

Peço vênia ao e. Relator para divergir.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, *verbis*:

“EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.”

(RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010)

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas n.ºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

- 1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.*
- 2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.*
- 3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).*
- 4. Agravo regimental não provido.”*

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS.

- 1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.*
- 2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.*
- 3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”*

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: 'XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos'.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

(...)

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)"

(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser mantida a r. sentença que denegou a ordem e manteve a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008786-86.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: M. P. DINARDI & CIA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RAQUEL HELEN MARIANO MACHADO - SP425547-A, LUCAS HENRIQUE MOISES - SP269647-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Pretende-se no presente *mandamus* o reconhecimento do direito à exclusão do PIS e da COFINS de suas próprias bases de apuração, bem como à compensação dos valores recolhidos indevidamente. O Juízo a quo denegou a ordem.

Assiste razão ao apelante.

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência numerários que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Resalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativas a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excecência cobrar tributo de quem recolhe tributo.

- Do entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, porque, ao contrário do que ocorre com as contribuições ao PIS e à COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, *de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.* (grifei)

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **Novembro de 2019**. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à pessoa jurídica, a questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, *considerado o período quinquenal a ser compensado*, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem no presente remédio constitucional.

Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), *exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).*

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, *sponte própria*, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliente que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.
2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.
3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos REsp's 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.
4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.
(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **dou provimento ao apelo interposto**, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido e, assim, determinar a exclusão do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como reconhecer o direito à compensação do montante recolhido a maior, nos termos explicitados.

Sem honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei n.º 12.016/09. Custas *ex lege*.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No que atine à questão acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.
2. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.
3. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.
4. Em igual andar esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 15/01/2020.
5. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava provimento ao apelo interposto, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido e, assim, determinar a exclusão do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como reconhecer o direito à compensação do montante recolhido a maior, sem honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei n.º 12.016/09, custas *ex lege*. Lavrará acórdão a Des. fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003345-39.2020.4.03.6119

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: VRS RECURSOS HUMANOS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO ORTEGA - SP255867-A, VINICIUS DE MELO MORAIS - SP273217-A, DOUGLAS HENRIQUE COSTA - SP393219-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003345-39.2020.4.03.6119

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto por **VRS Recursos Humanos Ltda** (id 136029543) contra a sentença que, em sede de mandado de segurança no qual se buscava a declaração da inexigibilidade do recolhimento dos valores do **PIS e COFINS** sobre suas **próprias bases de cálculo**, além do direito à compensação do montante recolhido a tal título nos últimos 5 anos, denegou a ordem. Sem honorários advocatícios (id 136529036).

Alega a apelante, em síntese, que, considerada a jurisprudência consolidada no STF (RE n.º 574.706), para situação análoga ao do ICMS, o PIS e a COFINS devem ser excluídos da sua própria base de cálculo, já que constituem receita de terceiro e ingresso financeiro que não pertence ao contribuinte, sob pena de violação dos princípios da igualdade, isonomia tributária, não confisco e da capacidade contributiva (art. 110 do CTN, art. 195, inciso I, da CF).

Pede a reforma integral do julgado, para que seja assegurando seu direito líquido e certo ao não recolhimento de PIS/COFINS incidentes sobre as próprias bases de cálculo, bem como à restituição/compensação do respectivo indébito tributário dos últimos cinco anos, a contar da data do ajuizamento, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora com base na taxa SELIC (Lei nº 9.250/95, art. 39, § 4º).

Com contrarrazões (id 136529049).

O MPF manifestou-se no sentido do prosseguimento do feito sem a sua intervenção (id 137247892).

É o relatório.

A Excelentíssima Desembargadora Federal

MARLI FERREIRA:

Peço vênia ao e. Relator para divergir.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, *verbis*:

"EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória."

(RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010)

"Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas nºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.

2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.

3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).

4. Agravo regimental não provido.”

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS.

1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.

2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.

3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: ‘XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos.’

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 /SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

(...)

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)”

(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser mantida a r. sentença que denegou a ordem e manteve a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL(198) N° 5003345-39.2020.4.03.6119

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: VRS RECURSOS HUMANOS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO ORTEGA - SP255867-A, VINICIUS DE MELO MORAIS - SP273217-A, DOUGLAS HENRIQUE COSTA - SP393219-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo o apelo e passo ao julgamento.

Pretende-se no presente *mandamus* o reconhecimento do direito à exclusão do PIS e da COFINS de suas próprias bases de apuração, bem como à compensação dos valores recolhidos indevidamente. O Juízo *a quo* denegou a ordem.

Assiste razão ao apelante.

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência numéricos que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativas a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excessão cobrar tributo de quem recolhe tributo.

- Do entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, porque, ao contrário do que ocorre com as contribuições ao PIS e à COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integrar, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: *"válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005"*.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **Abril de 2020**. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à **pessoa jurídica**, a **questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça** (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP** e do **Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), **que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida**. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, **considerado o período quinquenal a ser compensado**, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem no presente remédio constitucional.

Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO_TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
 2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
 3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
 4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
 5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
 6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
 7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
 8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
 9. Entremes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).
 10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
 11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
 12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
 13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).
 15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).
- (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)
16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, promuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
 17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em **2020**, após a entrada em vigor da LC n.º 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução n.º 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **dou provimento ao apelo interposto**, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido e, assim, determinar a exclusão do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como reconhecer o direito à compensação do montante recolhido a maior, nos termos explicitados. Sem honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei n.º 12.016/09. Custas *ex lege*.

É como voto.

E M E N T A

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No que atine à questão acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

2. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a "base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente", daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo "por dentro".

3. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.

4. Em igual andar esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 15/01/2020.

5. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava provimento ao apelo interposto, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido e, assim, determinar a exclusão do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como reconhecer o direito à compensação do montante recolhido a maior, nos termos explicitados. Sem honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei n.º 12.016/09, custas ex lege. Lavrará acórdão a Des. fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5021257-43.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: ASSOCIACAO BRASILEIRA DA INDUSTRIA DA CERVEJA (CERVBRASIL)

Advogado do(a) APELANTE: HELCIO HONDA - SP90389-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5021257-43.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: ASSOCIACAO BRASILEIRA DA INDUSTRIA DA CERVEJA (CERVBRASIL)

Advogado do(a) APELANTE: HELCIO HONDA - SP90389-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTARIA EM SAO PAULO - DERAT

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por ASSOCIACAO BRASILEIRA DA INDUSTRIA DA CERVEJA - CERVBRASIL (id 136123024) contra sentença que, em sede de mandado de segurança impetrado com objetivo de obter a ordem para exclusão do PIS/COFINS das próprias bases de cálculo, denegou a ordem (ID 136123021).

Sustenta a empresa, em síntese, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da cobrança do PIS e da COFINS sobre o ICMS também se aplica às próprias contribuições, uma vez que se entende que não pode ser considerado como faturamento para fins de compor as suas respectivas bases de cálculo.

Contrarrazões apresentadas (Id 136123028).

Manifestação do Ministério Público Federal no sentido de que seja dado regular prosseguimento ao feito (Id 136537465).

É o relatório.

A Excelentíssima Desembargadora Federal

MARLI FERREIRA:

Peço vênia ao e. Relator para divergir.

Em julgados análogos ao presente, tenho assinalado que, embora o E. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.

Observo que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.

A par disso, calha transcrever os julgados da Suprema Corte, *verbis*:

“EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.”

(RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010)

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas n.ºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

- 1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.*
- 2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.*
- 3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).*
- 4. Agravo regimental não provido.”*

(ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS.

- 1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.*
- 2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.*
- 3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”*

(ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: 'XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos'.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 /SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

(...)

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)"

(REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em igual andar, esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 15/01/2020.

Assim, em razão do aqui explicitado, entendo que, por ora, deve ser mantida a r. sentença que denegou a ordem e manteve a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5021257-43.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: ASSOCIACAO BRASILEIRA DA INDUSTRIA DA CERVEJA (CERVBRASIL)

Advogado do(a) APELANTE: HELCIO HONDA - SP90389-A

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/12/2020 595/837

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência de numerários que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativas a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excessão cobrar tributo de quem recolhe tributo.

-Do entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, uma vez que, ao contrário do que acontece com as contribuições ao PIS e a COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integrar, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

-Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 07.11.2019. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

-Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à **peessoa jurídica**, a **questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça** (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP** e do **Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), **que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida**. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, **considerado o período quinquenal a ser compensado**, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem no presente remédio constitucional.

-Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO. TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, *verbis*: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos p (a parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o eSocial (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pela sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais nº 1.164.452/MG e nº 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução nº 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar nº 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial nº 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos REsp 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **dou provimento à apelação** para reformar a sentença e conceder a segurança para reconhecer o direito de os associados da impetrante procederem à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como de procederem à compensação dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas. Sem condenação aos honorários, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009. Custas na forma da lei.

É como voto.

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. No que atine à questão acerca do pedido relativo à exclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, assinala-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, é temerária a aplicação do referido entendimento no caso apresentado nos autos.
2. Observa-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí o entendimento que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.
3. Nesse exato sentido, o C. STF, no RE 582.461 RG/SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 22/10/2009, DJe 05/02/2010, no ARE 897.254 AgR/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 27/10/2015, DJe 14/12/2015, e no ARE 759.877 AgR/SP Relator Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; o E. STJ no REsp 1.144.469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016.
4. Em igual andar esta C. Turma julgadora, em recente julgado, na AC/REEX 5024329-09.2017.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MONICA NOBRE, v.u., j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 15/01/2020.
5. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA, com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA e SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), que dava provimento à apelação para reformar a sentença e conceder a segurança para reconhecer o direito de os associados da impetrante procederem à exclusão dos valores do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, bem como de procederem à compensação dos valores pagos indevidamente a esse título, com as limitações explicitadas, sem condenação aos honorários, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009, custas na forma da lei. Lavrará acórdão a Des. Fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRFB, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0007841-64.2008.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: COMERCIAL AUTOMOTIVA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A

APELADO: COMERCIAL AUTOMOTIVA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), tendo em vista que no presente feito há **anotação de sigilo/segredo**, procedi, nesta data, à intimação das partes do v. acórdão de ID [149454789](#), por meio deste ato ordinatório.

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0012499-49.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIÃO FEDERAL

APELADO: EMBRAVISE EMPRESA BRASILEIRA DE VIGILANCIA E SEGURANCA LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: DIOGO PAIVA MAGALHAES VENTURA - SP198407

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0012499-49.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIÃO FEDERAL

APELADO: EMBRAVISE EMPRESA BRASILEIRA DE VIGILANCIA E SEGURANCA LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: DIOGO PAIVA MAGALHAES VENTURA - SP198407

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Embargos de declaração opostos pela União (Id 129069461) contra acórdão que, à unanimidade, declarou prejudicado o agravo retido, rejeitou a preliminar e negou provimento à apelação e à remessa oficial (Id 127768675).

Alega, em síntese, que:

- a) o Decreto nº 89.056/83 e a Portaria nº 387/2006-DG/DPF não exorbitam o poder regulamentar;
- b) a definição dos requisitos necessários para a concessão da licença para o exercício da atividade de segurança privada ocorre com base no poder discricionário da administração e de acordo com o estabelecido nos regulamentos da lei;
- c) a exigência de apresentação de certidão negativa de débitos tem a finalidade de evitar que a atividade de segurança privada seja exercida por empresa mal administrada, que não honra seus compromissos fiscais e trabalhistas ou cujos sócios, diretores e gerentes se envolvam na prática de infração penal;
- d) o impetrante não trouxe aos autos elementos que pudessem ultrapassar a presunção relativa de legitimidade em favor dos atos administrativos.

Manifestação da parte adversa (Id 133624352).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0012499-49.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIÃO FEDERAL

APELADO: EMBRAVISE EMPRESA BRASILEIRA DE VIGILANCIA E SEGURANCA LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: DIOGO PAIVA MAGALHAES VENTURA - SP198407

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O julgado não é omissivo. Todas as questões suscitadas foram analisadas expressamente e consignou-se:

A Lei nº 7.102/83 estabeleceu normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores nos seguintes termos:

Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: (Redação dada pela Lei nº 8.863, de 1994)

I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga. (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

§ 1º Os serviços de vigilância e de transporte de valores poderão ser executados por uma mesma empresa. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 8.863, de 1994)

§ 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas, a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas. (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

§ 3º Serão regidas por esta lei, pelos regulamentos dela decorrentes e pelas disposições da legislação civil, comercial, trabalhista, previdenciária e penal, as empresas definidas no parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

§ 4º As empresas que tenham objeto econômico diverso da vigilância ostensiva e do transporte de valores, que utilizem pessoal de quadro funcional próprio, para execução dessas atividades, ficam obrigadas ao cumprimento do disposto nesta lei e demais legislações pertinentes. (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

§ 5º (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994) § 6º (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

Ar. 13. O capital integralizado das empresas especializadas não pode ser inferior a cem mil Ufirs. (Redação dada pela Lei nº 9.017, de 1995)

Art. 14. São condições essenciais para que as empresas especializadas operem nos Estados, Territórios e Distrito Federal:

I - autorização de funcionamento concedida conforme o art. 20 desta Lei; e

II - comunicação à Secretaria de Segurança Pública do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.

Ar. 20. Cabe ao Ministério da Justiça, por intermédio do seu órgão competente ou mediante convênio com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados e Distrito Federal: (Redação dada pela Lei nº 9.017, de 1995)

I - conceder autorização para o funcionamento:

a) das empresas especializadas em serviços de vigilância;

b) das empresas especializadas em transporte de valores; e

c) dos cursos de formação de vigilantes;

II - fiscalizar as empresas e os cursos mencionados dos no inciso anterior;

III - aplicar à empresas e aos cursos a que se refere o inciso I deste artigo as penalidades previstas no art. 23 desta Lei;

IV - aprovar uniforme;

V - fixar o currículo dos cursos de formação de vigilantes;

VI - fixar o número de vigilantes das empresas especializadas em cada unidade da Federação;

VII - fixar a natureza e a quantidade de armas de propriedade das empresas especializadas e dos estabelecimentos financeiros;

VIII - autorizar a aquisição e a posse de armas e munições; e

IX - fiscalizar e controlar o armamento e a munição utilizados.

X - rever anualmente a autorização de funcionamento das empresas elencadas no inciso I deste artigo. (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

Parágrafo único. As competências previstas nos incisos I e V deste artigo não serão objeto de convênio. (Redação dada pela Lei nº 9.017, de 1995)

Referida norma foi regulamentada pelo Decreto nº 89.056/83, alterado pelo Decreto nº 1.592/95, que dispõe:

Art. 32. Cabe ao Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Polícia Federal, autorizar, controlar e fiscalizar o funcionamento das empresas especializadas, dos cursos de formação de vigilantes e das empresas que exercem serviços orgânicos de segurança. (Redação dada pelo Decreto nº 1.592, de 1995)

§ 1º O pedido de autorização para o funcionamento das empresas especializadas será dirigido ao Departamento de Polícia Federal e será instruído com: (Incluído pelo Decreto nº 1.592, de 1995)

a) requerimento assinado pelo titular da empresa;

b) cópia ou certidão dos atos constitutivos devidamente registrados no registro de pessoas jurídicas;

c) comprovante de inscrição nos órgãos administrativos federais competentes;

d) modelo de uniforme especial de seus vigilantes;

e) cópia da Carteira de Identidade, CPF, Título de Eleitor e Certificado de Reservista ou documento equivalente dos sócios-proprietários, diretores e gerentes da empresa;

f) prova de que os sócios-proprietários, diretores e gerentes não tenham antecedentes criminais registrados;

§ 2º Qualquer alteração referente ao estabelecido nas alíneas b e d deste artigo dependerá de prévia autorização do Ministério da Justiça. (Incluído pelo Decreto nº 1.592, de 1995)

§ 3º Quando se tratar de pedido de autorização para o exercício da atividade de segurança pessoal privada e escolta armada a empresa deverá apresentar: (Incluído pelo Decreto nº 1.592, de 1995)

a) comprovante de funcionamento nas atividades de vigilância ou transporte de valores, há pelo menos um ano;

b) prova de que a empresa e suas filiais estão em dia com as obrigações fiscais, com as contribuições previdenciárias e com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

§ 4º O pedido de autorização para o funcionamento das empresas que executam serviços orgânicos de segurança será dirigido ao Ministério da Justiça e será instruído com: (Incluído pelo Decreto nº 1.592, de 1995)

a) comprovante de que a empresa possui instalações adequadas para operacionalizar os serviços orgânicos de segurança;

b) documentos pessoais dos responsáveis pelo setor que executará o serviço;

c) prova de que os sócios-proprietários, diretores e gerentes da empresa que executa serviços orgânicos e de que os responsáveis pelo setor de segurança não tenham condenação criminal registrada;

d) relação dos vigilantes;

e) modelo do uniforme especial dos vigilantes;

f) relação das armas e munições de propriedade e responsabilidade da empresa, acompanhada de cópia do registro no órgão de segurança pública ou declaração de que não as possui;

g) relação dos veículos especiais, no caso dos serviços próprios de transporte de valores.

§ 5º A relação dos vigilantes deverá conter: (Incluído pelo Decreto nº 1.592, de 1995)

a) cópia dos documentos pessoais;

b) comprovante de conclusão, com aproveitamento, do curso de formação de vigilantes e reciclagem, quando for o caso;

c) comprovante de registro na Delegacia Regional do Trabalho;

d) cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social, na parte referente à identificação e vínculo empregatício;

e) cópia de apólice de seguro que identifique o número dos segurados.

§ 6º Consideram-se possuidoras de instalações adequadas ao exercício da segurança orgânica as empresas que dispuserem de: (Incluído pelo Decreto nº 1.592, de 1995)

a) local seguro e adequado à guarda de armas e munições;

b) setor operacional dotado de sistema de comunicação com os vigilantes empenhados em serviço;

c) sistema de alarme ou outro meio de segurança eletrônica conectado com a unidade local da Polícia Militar, Civil ou empresa de segurança privada.

§ 7º A revisão da autorização de funcionamento das empresas de segurança privada e das empresas que executam serviços orgânicos de segurança deverá ser requerida, anualmente, a contar da publicação da autorização no Diário Oficial da União, mediante apresentação de: (Incluído pelo Decreto nº 1.592, de 1995)

a) comprovante de quitação das penas pecuniárias que tenham sido aplicadas à empresa por transgressões às normas que regulamentam a atividade;

b) *Certidão Negativa quanto à Dívida Ativa da União, Estado e Município;*

c) *comprovante de recolhimento previdenciário e do FGTS,*

d) *Certificado de Segurança atualizado;*

e) *prova de que os sócios -proprietários, diretores e gerentes da empresa de segurança privada não tenham condenação criminal registrada;*

f) *prova de que os sócios -proprietários, diretores e gerentes da empresa que executa serviços orgânicos e de que os responsáveis pelo seu setor de segurança não tenham condenação criminal registrada.*

§ 8º *Para o desempenho das atividades de segurança pessoal privada e escolta armada, o vigilante, além do curso de formação, deverá: (Incluído pelo Decreto nº 1.592, de 1995)*

a) *possuir experiência mínima, comprovada, de um ano na atividade de vigilância;*

b) *ter comportamento social e funcional irrepreensível;*

c) *ter sido selecionado, observando-se a natureza especial do serviço;*

d) *portar credencial funcional, fornecida pela empresa, no moldes fixados pelo Ministério da Justiça;*

e) *frequentar os cursos de reciclagem, com aproveitamento, a cada período de dois anos, a contar do curso de extensão.*

§ 9º *Para o exercício das atividades de segurança pessoal privada e de escolta armada, o vigilante deverá ter concluído, com aproveitamento, curso de extensão correspondente em empresas de curso devidamente autorizada a ministrá-lo. (Incluído pelo Decreto nº 1.592, de 1995)*

§ 10. *O Ministério da Justiça fixará o currículo para os cursos de extensão em escolta armada e segurança pessoal privada. (Incluído pelo Decreto nº 1.592, de 1995)*

Posteriormente, sobreveio a Portaria nº 3 87/06, do Ministério da Justiça Departamento de Polícia Federal, que visou a alterar e consolidar as normas aplicadas sobre segurança privada e estabeleceu, em seus artigos 8º e 100, a apresentação de certidões negativas de débito do FGTS, da Previdência, da Receita Federal e da Dívida Ativa, entre outros documentos, para revisão da autorização de funcionamento, verbis:

Processo de autorização

Ari. 8º Para obter autorização de funcionamento, as empresas de vigilância patrimonial deverão apresentar requerimento dirigido ao Coordenador -Geral de Controle de Segurança Privada, anexando os seguintes documentos: (Texto alterado pela Portaria nº 515/2007- DG/DPF)

I - cópia ou certidão dos atos constitutivos e alterações posteriores, registrados na Junta Comercial ou Cartório de Pessoa Jurídica;

II - comprovante de inscrição nos órgãos fazendários federal, estadual e municipal;

III - certidões negativas de débito do FGTS, da Previdência Social, da Receita Federal e da Dívida Ativa da União;

IV - comprovante de capital social integralizado mínimo de 100.000 (cem mil) UFIR;

V - cópia da Carteira de Identidade, inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, Título de Eleitor e Certificado de Reservista dos administradores, diretores, gerentes e sócios;

VI - certidões negativas de registros criminais expedidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar dos Estados e da União, onde houver, e Eleitoral, relativamente aos sócios, administradores, diretores e gerentes, das unidades da federação onde mantenham domicílio e pretendam constituir a empresa;

VII - revogado; (Texto revogado pela Portaria nº 515/2007-DG/DPF)

VIII - memorial descritivo do uniforme dos vigilantes, mencionando apito com cordão, logotipo da empresa, plaqueta de identificação, acompanhado de fotografias, coloridas, de corpo inteiro do vigilante devidamente fardado, de frente, costas e lateral;

IX - declaração das Forças Armadas e Auxiliares ou das DELESP e CV, informando que o modelo de uniforme apresentado não é semelhante aos utilizados por aquelas instituições;

X - fotografias das instalações físicas da empresa, em especial da fachada demonstrando o nome e a logomarca da empresa, do setor operacional e do local de guarda de armas e munições; (Texto alterado pela Portaria nº 515/2007-DG/DPF)

XI - cópia do documento de posse ou propriedade de, no mínimo, 01 (um) veículo comum para uso exclusivo da empresa, todos dotados de sistema de comunicação, identificados e padronizados, contendo nome e logotipo da empresa; (Texto alterado pela Portaria nº 515/2007-DG/DPF)

XII - fotografia colorida do veículo, demonstrando o nome e logomarca da empresa, da frente, lateral, traseira e do sistema de comunicação veicular; (Texto alterado pela Portaria nº 515/2007-DG/DPF)

XIII - autorização para utilização de frequência concedida pelo órgão competente ou contrato com prestadora de serviço;

XIV - comprovante de recolhimento da taxa de expedição de alvará de funcionamento da empresa de segurança, salvo na hipótese de autorização para nova atividade, nos termos do art. 102, § 5º (Texto alterado pela Portaria nº 515/2007-DG/DPF)

§ 1º *Na instrução do procedimento a DELESP ou CV deverá, obrigatória e previamente, ouvir em termo de declarações os sócios ou proprietários da empresa, bem como proceder a outras diligências que se fizerem necessárias, visando a obter as seguintes informações:*

I - atividade econômica exercida anteriormente;

II - origem dos recursos financeiros apresentados para a formação e/ou constituição do capital social da empresa, vinculando-os ao total de quotas integralizadas no capital social;

III - eventual participação anterior ou atual em empresa de segurança privada cancelada, encerrada ou extinta, como sócio, diretor, administrador ou proprietário;

IV - razões pelas quais a empresa anterior foi cancelada, encerrada ou extinta;

V - existência de dívida fiscal, tributária, trabalhista ou em cartório de protesto de títulos em nome do declarante;

VI - outros esclarecimentos considerados úteis.

§ 2º *Analizadas as informações obtidas, a DELESP ou CV, considerando qualquer delas relevante para a instrução do processo, fará constar do parecer conclusivo as observações pertinentes, as quais, em sendo incompatíveis com a atividade de segurança privada, poderão implicar a exclusão do entrevistado do quadro societário da empresa ou o indeferimento do pedido.*

Art. 9º As empresas de vigilância patrimonial autorizadas a funcionar na forma desta portaria deverão comunicar o início de suas atividades à Secretaria de Segurança Pública da respectiva Unidade da Federação. Processo de revisão de autorização

Art. 10. Para obter a revisão da autorização de funcionamento, as empresas de vigilância patrimonial deverão apresentar requerimento dirigido ao Coordenador -Geral de Controle de Segurança Privada instruído com: (Texto alterado pela Portaria nº 515/2007-DG/DPF)

I - os documentos previstos nos incisos I, III, IV, V e VI, mencionados no art. 8 desta portaria; (Texto alterado pela Portaria nº 515/2007- DG/DPF)

II - relação atualizada dos empregados, das armas, das munições e dos veículos utilizados;

III - comprovante da contratação de seguro de vida dos vigilantes;

IV - certificado de segurança válido, inclusive de suas filiais no mesmo Estado; (Texto alterado pela Portaria nº 515/2007-DG/DPF)

V - comprovante de quitação das penas de multa eventualmente aplicadas à empresa por infração administrativa aos dispositivos desta portaria.

§ 1º Os vigilantes deverão estar com a formação, a extensão, a reciclagem e o seguro de vida dentro do prazo de validade.

§ 2º As empresas que possuírem autorizações específicas em escolta armada ou segurança pessoal deverão observar também os requisitos respectivos destas atividades.

Verifica-se dos dispositivos colacionados que a Lei nº. 7.102/83 não exigiu certidão de quitação das obrigações fiscais, das contribuições previdenciárias e do FGTS para concessão e renovação da autorização de funcionamento das empresas de segurança privada. Referida exigência foi prevista somente no § 7º do artigo 32 do Decreto nº 89.056/83, bem como no inciso 1 do artigo 10 da Portaria nº 387/06, do Ministério da Justiça Departamento de Polícia Federal. Dessa forma, o decreto regulamentador e a norma ministerial extrapolaram os limites legais ao prever restrição não disposta na lei instituidora, em flagrante violação ao princípio da legalidade. Referido princípio está previsto no artigo 37 da Constituição Federal, que estabelece:

CF. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

De acordo com a norma colacionada, a administração pública deve se pautar no princípio da legalidade. Assim, não poderá modificar, alterar ou extinguir direitos sem prévia lei, pois consoante magistério de Lúcia Valle Figueiredo "é forte a doutrina, e mesmo a jurisprudência, no sentido de não admitir que a Administração possa sem lei impor obrigações ou restringir direitos. Nessa acepção encontram-se os constitucionalistas e administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello, o nosso saudoso Geraldo Ataliba, José Afonso da Silva, Michel Temer, Sérgio de Andréa Ferreira, Paulo Bonavides, dentre outros." (in Curso de Direito Administrativo, 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 69). No mesmo sentido, manifestou-se Oswaldo Aranha de Mello, ao afirmar que: "Não cabe aos regulamentos, por iniciativa própria e sem texto legal, prescrever penas, seja qual for a espécie; estabelecer restrições à igualdade, à liberdade e à propriedade ou alterações ao estado das pessoas, prever tributos ou encargos de qualquer natureza, que repercutam sobre o patrimônio das pessoas de direito; dar organização administrativa às repartições governamentais, através da criação de cargos e prescrição de novas competências" (in Princípios Gerais de Direito Administrativo, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 360. v. 1.).

Dessa forma, a exigência de certidão de regularidade fiscal está evadida de ilegalidade, visto que as imposições expressas no Decreto nº 89.056/83, com as alterações trazidas pelo Decreto nº 1.592/95, e na Portaria 3 87/06, do Ministério da Justiça Departamento de Polícia Federal, desbordaram do disposto na Lei nº 7.102/83, de modo que deve ser afastada. Corrobora esse entendimento a jurisprudência desta corte, dado que assim se manifestou em situação análoga:

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. DECRETO 89.056/83 E PORTARIA 992/95. RENOVAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE EMPRESA DE SEGURANÇA. CONDIÇÃOAMENTO À COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA. ILEGALIDADE. 1. A questão da ilegalidade da exigência de CND relativa ao INSS, por determinação do Decreto 89.056/83 e da Portaria 992/95, já se encontra pacificada pela jurisprudência pátria. 2. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática. 3. Agravo legal improvido. (TRF3, AMS 00092342020004036100, Sexta Turma, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, DJ 26/01/2011)"

"ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - RENOVAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE EMPRESA DE SEGURANÇA - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA. 1. A Lei nº. 7.102/83, que regulamenta a constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, não estabelece como requisito para a expedição de licença a apresentação de Certidão Negativa de Débitos relativos ao INSS. 2. Contudo, o Decreto 89.056/83, que regulamenta referida lei, e a Portaria 992/95, que normatiza e uniformiza os procedimentos relacionados às empresas prestadoras de segurança privada, condicionam a revisão da autorização à apresentação de Certidão Negativa de Débitos relativos ao INSS, exigência esta que desborda dos comandos da Lei o. 7.102/83. 3. Referidos atos normativos incorreram em ilegalidade, posto ser vedado ir além dos limites impostos pela lei. 4. Sentença mantida. (TRF3, AMS 00107268119994036100, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, DJ 19/04/2010)"

Por fim, como bem salientou a impetrante em contrarrazões, a exigência de comprovação de regularidade fiscal para autorização, reconhecimento ou renovação de licenças de funcionamento viola o disposto na Súmula 70 do Supremo Tribunal Federal, na medida em que referida restrição impede a continuidade das atividades das empresas de segurança privada, verbis:

STF. Sum. 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Hugo de Brito Machado ao tratar do tema aduziu que "Prática antiga, que, no Brasil, remonta aos tempos da ditadura de Vargas, é a das denominadas sanções políticas, que consistem nas mais diversas formas de restrições a direitos do contribuinte como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento de tributos. São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias em face de pequena irregularidade no documento fiscal que as acompanha, o denominado regime especial de fiscalização, a recusa de autorização para imprimir notas fiscais, a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes, a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte, entre muitos outros. As sanções políticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal; e b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência do tributo é ou não legal" (in Curso de Direito Tributário, Malheiros Editores, 27ª edição, 2006, pág. 500, grifei). Ademais, frisa-se, a fazenda dispõe de meios coercitivos previstos em lei para cobrança de seus tributos, de modo que a exigência de certidão também deve ser afastada sob este aspecto. Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA DE TAXA DE LOCALIZAÇÃO E LICENÇA (TLL) E TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO (TFF). MUNICÍPIO PLEITEIA O FECHAMENTO DO PARQUE EÓLICO EM RAZÃO DA INADIMPLÊNCIA DOS TRIBUTOS DISCUTIDOS. IMPOSSIBILIDADE. PRELIMINARES REJEITADAS. A USÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PROBABILIDADE DO DIREITO. É INADMISSÍVEL A INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE TRIBUTO. SÚMULA 70 DO STF. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 2. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo (Súmula 70 do STF). 3. Agravo interno prejudicado. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TJBA, AI 0015417222016805000, Quinta Câmara Cível, rei. Raimundo Sérgio Saies Cafezeiro, DE 07/05/2019)

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - INSCRIÇÃO NO CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA (CNPJ) - I.N. 27/98 E SEQUINTE - EXIGÊNCIA - REGULARIDADE FISCAL - RESTRIÇÃO INDEVIDA QUE SE APLICA TAMBÉM AOS CASOS DE BAIXA. I.N. 02/01. INAPLICABILIDADE. 1. A exigência de regularidade fiscal para inscrição no CNPJ, prevista em atos normativos da Secretaria da Receita Federal, não é compatível com o ordenamento constitucional, especialmente com o princípio do devido processo legal, que impede seja o interesse fiscal perseguido por qualquer forma e meio, mesmo porque, pelas vias legalmente instituídas, o Poder Público dispõe das necessárias e suficientes prerrogativas, de ordem material e formal, para a defesa dos créditos tributários. Tal entendimento também é aplicável aos casos em que se postula a baixa do mencionado cadastro. 2. Não se aplica a IN nº 02/01 ao caso concreto, já que a impetrante promoveu o cancelamento de suas atividades comerciais em 31.05.96, conforme Declaração Cadastral da Secretaria da Fazenda - DECA (f 13) e Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica - FCPJ (f 15)." (TRF3, AMS - 267949, Proc. 200461120061308/SP, rei. Des. Fed. Carlos Muta, DIU de 26/01/2006, p. 251)

Em conclusão, não há que se falar em reforma da sentença apelada.

O que se verifica é o inconformismo com o julgamento e seu resultado. Os embargos declaratórios não podem ser admitidos para fins de atribuição de efeito modificativo, com a finalidade de adequação da decisão à tese defendida pela embargante, tampouco para fins de prequestionamento, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 1.022, combinado com o 489, § 1º, ambos do Código de Processo Civil (Edcl no REsp 1269048/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01.12.2011, v.u., Dje 09.12.2011).

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

- O julgado não é omissão, eis que todas as questões suscitadas foram analisadas expressamente.

- O que se verifica é o inconformismo com o julgamento e resultado. Os embargos declaratórios não podem ser admitidos para fins de atribuição de efeito modificativo, com a finalidade de adequação da decisão à tese defendida pela embargante, tampouco para fins de, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 1.022, combinado com o 489, § 1º, ambos do Código de Processo Civil.

- Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008347-82.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: JBS S/A

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANDRE CASTILHO - SP196408-A, SANDRO PISSINI ESPINDOLA - SP198040-A, FABIO AUGUSTO CHILO - SP221616-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), tendo em vista que no presente feito há **anotação de sigilo/segredo**, procedi, nesta data, à intimação das partes do v. acórdão de ID [149454805](#), por meio deste ato ordinatório.

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005396-84.2019.4.03.6110

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INTACTA SISTEMAS DE EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005396-84.2019.4.03.6110

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INTACTA SISTEMAS DE EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial e recurso de apelação interposto pela **União** (id 142152901) contra a sentença que, em sede de mandado de segurança, **concedeu a ordem**, para garantir o direito da impetrante ao recolhimento das contribuições ao PIS/COFINS com a exclusão, de suas bases de cálculo, dos valores relativos ao ICMS a recolher, bem como à compensação, com os tributos administrados pela SRF, dos valores recolhidos indevidamente desde o quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação, atualizados de acordo com a taxa SELIC, observado o disposto no art. 74 da Lei n. 9.430/1996. Sem honorários advocatícios (id 142852192).

Requer a UF, em preliminar, a suspensão do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos no RE n.º 574.706/PR (art. 1.040 do CPC). No mérito, sustenta, em síntese, que:

- a) o STJ, no julgamento do REsp n.º 1.144.469/PR, fixou tese quanto à legalidade da inclusão debatida e o tema é objeto das Súmulas n.º 68 n.º 94 daquela corte;
- b) no julgamento do RE n.º 212.209/MG, o STF definiu que a base de apuração do ICMS é o valor da operação e a base do PIS/COFINS é o faturamento, no qual se encontram as parcelas pagas à pessoa jurídica pela venda de mercadorias ou prestação de serviços;
- c) eventual decisão deverá reconhecer o direito à exclusão do montante do ICMS efetivamente pago (a recolher) e não o destacado na nota fiscal;
- d) caso contrário, em atenção ao princípio da eventualidade, é necessário que se determine o ajuste na base de cálculo dos créditos da contribuição para o PIS e da COFINS;
- e) e não há amparo legal para a compensação com quaisquer tributos, mas apenas da mesma espécie (Leis n.º 11.457/2007 e n.º 13.670/2018).

Pede a atribuição do efeito suspensivo ao presente apelo (art. 1.012, § 4º, do CPC) e a reforma da sentença ou, subsidiariamente, a determinação de exclusão do ICMS a recolher, ou, ainda, que seja reajustada a base de apuração do crédito das contribuições em debate.

Contrarrazões registradas sob o id 142152908.

O MPF manifestou-se no sentido do prosseguimento do feito (id 143208479).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005396-84.2019.4.03.6110

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INTACTA SISTEMAS DE EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo o apelo interposto e passo ao julgamento.

Prejudicado o pleito de atribuição do efeito suspensivo, à vista do julgamento do recurso.

Inicialmente, não merece conhecimento a argumentação de que eventual decisão deverá reconhecer o direito à exclusão do montante do ICMS efetivamente pago (a recolher) e não o destacado na nota fiscal, visto que o julgado recorrido foi proferido no sentido requerido pela ora apelante.

Observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706, para aplicação do entendimento sedimentado, dado que a publicação da respectiva ata de julgamento dá ensejo à sua aplicação (art. 1.035, § 11, do CPC). Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão proferido não comporta efeito suspensivo.

No que toca à argumentação de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da inclusão debatida (REsp n.º 1.144.469/PR), saliente-se que a controvérsia trazida deve ser analisada sob o enfoque da Constituição, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional. Assim, a solução independe do entendimento do STJ.

No mérito, a controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

A questão da exação estadual já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: *"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"*. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, nos termos explicitados, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **05.09.2019**. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO_TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, *verbis*: " Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º; DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **declaro prejudicado** o pleito de atribuição do efeito suspensivo, **rejeito a matéria preliminar e conheço parcialmente do apelo**, para, na parte conhecida, **dar-lhe parcial provimento**, bem como ao **reexame necessário**, apenas para determinar que a compensação deferida seja efetivada com as limitações explicitadas, após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN). Mantida, no mais, a sentença.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REMESSA OFICIAL. APELAÇÃO CÍVEL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. PIS E COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- Não merece conhecimento a argumentação de que eventual decisão deverá reconhecer o direito à exclusão do montante do ICMS efetivamente pago (a recolher) e não o destacado na nota fiscal, visto que o julgado recorrido foi proferido no sentido requerido pela ora apelante.

- Observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706, para aplicação do entendimento sedimentado, dado que a publicação da respectiva ata de julgamento dá ensejo à sua aplicação (art. 1.035, § 11, do CPC). Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão proferido não comporta efeito suspensivo.

- No mérito, a controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. A questão da exação estadual já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". *Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.*

- *No que se refere à compensação, in casu*, deve ser aplicada a Lei n.º 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei n.º 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18).

- A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC n.º 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- **Apele da UF e remessa oficial a que se dá parcial provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu declarar prejudicado o pleito de atribuição do efeito suspensivo, rejeitar a matéria preliminar e conhecer parcialmente do apelo, para, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, bem como ao reexame necessário, apenas para determinar que a compensação deferida seja efetivada com as limitações explicitadas, após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN). Mantida, no mais, a sentença, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006586-57.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO FLORENTINO DE ARAUJO GALVAO

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006586-57.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO FLORENTINO DE ARAUJO GALVAO

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial e recurso de apelação interposto pelo INSS contra a sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou procedente o pedido e concedeu a ordem, para reconhecer o direito da parte impetrante à obtenção do devido processamento de seu requerimento administrativo. Honorários advocatícios indevidos (id 135754548).

Sustenta o apelante, em síntese, que (id 135754553):

a) o STF decidiu, sob a sistemática da repercussão geral (RE n.º 631.240/MG), ser imprescindível, como regra, a manifestação administrativa antes de o segurado *instar* o Poder Judiciário sobre pretensão direito a benefício previdenciário;

b) não se pode impor ao INSS a análise, em prazo exíguo, de requerimento administrativo de determinado segurado por ordem judicial, quando inexistem condições fáticas e momentâneas de aplicação do mesmo entendimento para os demais casos pendentes (princípio da reserva do possível, princípio da eficiência, princípio da separação dos poderes);

c) o entendimento explicitado na sentença viola os artigos 5º e 37 da CF, que garantem o tratamento isonômico e impessoal a todos os brasileiros;

d) o artigo 41-A da Lei n.º 8.213/91 traz um prazo mínimo para o início do pagamento do benefício contado da conclusão da análise administrativa, com a disponibilização da documentação necessária. Da leitura do artigo 49 da Lei n.º 9.784/99, evidencia-se que o referido prazo de 30 dias configura interregno temporal para decisão depois da conclusão de toda a instrução processual. Tais normas não se aplicam ao caso;

e) as situações excepcionais merecem tratamento especial, inclusive pelo Poder Judiciário. Aplicam-se ao caso o disposto nos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, além do parâmetro temporal (90 dias) definido pelo STF na modulação dos efeitos no julgamento do RE n.º 631.240/MG.

Pede a reforma do julgado.

Sem contrarrazões.

O MPF manifestou-se no sentido do regular prosseguimento do feito (id 142708440).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N.º 5006586-57.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO FLORENTINO DE ARAUJO GALVAO

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo o apelo e passo ao julgamento.

Inicialmente, cabe destacar que na situação dos autos não se pleiteia a concessão de benefício previdenciário, como alegado (RE n.º 631.240/MG), mas, sim, a conclusão do procedimento administrativo.

A Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece, em seus artigos 48 e 49, que a administração tem o dever de proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Nesse sentido, merece destaque a jurisprudência desta corte:

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE NA ANÁLISE DE REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

I- O impetrante alega na inicial que em 20/5/16 formulou requerimento administrativo de aposentadoria por idade perante o INSS (NB 42/177.351.545-1), no entanto, "desde o requerimento, mesmo após ter apresentado todos os documentos necessários para o postulado direito, o benefício do Impetrante continua em análise" (fls. 3). Informou, ainda, que em consulta ao sistema do INSS, consta a informação "Benefício Habilitado", motivo pelo qual requer a concessão da segurança para que seja processado o pedido administrativo. Considerando que a análise administrativa está sem solução desde 20/5/16 e o presente mandamus foi impetrado em 20/10/16, ultrapassou-se muito o prazo fixado, por analogia, pelo art. 174 do Decreto nº 3.048/99 e a Lei nº 9.784/99, que fixam prazo de até 45 dias a partir da data da documentação comprobatória para análise do pleito.

II- Em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula nº 105 do C. Superior Tribunal de Justiça. III- Remessa oficial improvida.

(REO n.º 00116772220164036119, rel. Des. Federal NEWTON DE LUCCA, Oitava Turma, Julg.: 25/06/2018, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018..FONTE_REPUBLICACAO:)

Nesse contexto, formulado o requerimento administrativo em 19 de setembro de 2018 (id 135754328), evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal (mandado de segurança impetrado em 03/06/2019), bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Assim, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que, efetivamente, não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja atendido.

Destaque-se, ademais, que o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 11.665/08, estabelece que: *O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão.*

Nesse contexto, descabe se falar em ofensa aos princípios da reserva do possível, da eficiência, da isonomia (arts. 5º e 37 da CF) ou princípio da separação dos poderes.

As argumentações relativas aos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não têm o condão de infirmar o entendimento explicitado.

Ainda que o prazo para desfecho do procedimento administrativo fosse de 90 (noventa dias), tal período já se esgotou.

Destarte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença.

Ante o exposto, **nego provimento ao apelo e à remessa oficial.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INSS. PRAZO RAZOÁVEL. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA.

- Cabe destacar que na situação dos autos não se pleiteia a concessão de benefício previdenciário, como alegado (RE n.º 631.240/MG), mas, sim, a conclusão do procedimento administrativo.

- A Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece, em seus artigos 48 e 49, que a administração tem o dever de proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada.

- Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Nesse contexto, formulado o requerimento administrativo em 19 de setembro de 2018, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal (mandado de segurança impetrado em 03/06/2019), bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Assim, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que, efetivamente, não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja atendido.

- Destaque-se, ademais, que o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 11.665/08, estabelece que: *O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão.*

- Nesse contexto, descabe se falar em ofensa aos princípios da reserva do possível, da eficiência, da isonomia (arts. 5º e 37 da CF) ou princípio da separação dos poderes.
 - As argumentações relativas aos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não têm o condão de infirmar o entendimento explicitado.
 - Ainda que o prazo para desfecho do procedimento administrativo fosse de 90 (noventa dias), tal período já se esgotou.
- Remessa oficial e apelo a que se nega provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002347-69.2014.4.03.6119

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MARCAL DE FREITAS MARTINS FILHO

Advogado do(a) APELADO: MARIO DE OLIVEIRA FILHO - SP54325-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), tendo em vista que no presente feito há **anotação de sigilo/segredo**, procedi, nesta data, à intimação das partes do v. acórdão de ID: [149454710](#), por meio deste ato ordinatório.

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000470-40.2018.4.03.6128

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: MUNICIPIO DE JUNDIAI

Advogado do(a) APELANTE: RENATO BERNARDES CAMPOS - SP184472-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000470-40.2018.4.03.6128

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: MUNICIPIO DE JUNDIAI

Advogado do(a) APELANTE: RENATO BERNARDES CAMPOS - SP184472-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta pelo Município de Jundiaí contra sentença que, nos autos dos embargos a execução fiscal, extinguiu-os, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que a Caixa Econômica Federal é parte ilegítima passiva e determinou a extinção da execução fiscal nº 5002675-76.2017.4.03.6128. Condenou a exequente ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00, com base no artigo 85, § 8º, do Estatuto Processual Civil. (ID. 3071774).

Sustenta (ID. 48031667), em síntese, que:

a) a finalidade recursal é reformar a extinção da execução e valor desproporcional da verba honorária;

b) os honorários advocatícios correspondem a cerca de 85% do valor da causa, de modo que em qualquer sistema processual justo e equilibrado o ônus da sucumbência processual não pode ser quase equivalente ao débito cobrado.

Requer a reforma da sentença com relação à extinção da ação e ao capítulo dos honorários advocatícios, para reduzi-los para o percentual de 10% do valor da causa.

Sem contrarrazões.

ID. 48031667, decisão que recebeu a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do Código de Processo Civil.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000470-40.2018.4.03.6128

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: MUNICIPIO DE JUNDIAI

Advogado do(a) APELANTE: RENATO BERNARDES CAMPOS - SP184472-A

APELADO: CAIXAECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Apelação interposta pelo Município de Jundiaí contra sentença que, nos autos dos embargos a execução fiscal, extinguiu-os, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que a Caixa Econômica Federal é parte ilegítima passiva e determinou a extinção da execução fiscal nº 5002675-76.2017.4.03.6128. Condenou a exequente ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00, com base no artigo 85, § 8º, do Estatuto Processual Civil. (ID. 3071774).

I - Da Legitimidade Passiva da Caixa Econômica Federal

Estabelece a Lei nº 10.188/2001, que criou o programa de arrendamento residencial, instituiu o arrendamento residencial e deu outras providências, verbis:

Art. 1º Fica instituído o Programa de Arrendamento Residencial para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra. (Redação dada pela Lei nº 11.474, de 2007)

§ 1º A gestão do Programa cabe ao Ministério das Cidades e sua operacionalização à Caixa Econômica Federal - CEF. (Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)

§ 2º Os Ministros de Estado das Cidades e da Fazenda fixarão, em ato conjunto, a remuneração da CEF pelas atividades exercidas no âmbito do Programa. (Incluído pela Lei nº 10.859, de 2004)

§ 3º Fica facultada a alienação, sem prévio arrendamento, ou a cessão de direitos dos imóveis adquiridos no âmbito do Programa. (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011).

Art. 2º Para a operacionalização do Programa instituído nesta Lei, fica a CEF autorizada a criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa. (Redação dada pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)

§ 1º O fundo a que se refere o caput ficará subordinado à fiscalização do Banco Central do Brasil, devendo sua contabilidade sujeitar-se às normas do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF.

§ 2º O patrimônio do fundo a que se refere o caput será constituído: (Redação dada pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)

I - pelos bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito do Programa instituído nesta Lei; e (Incluído pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)

II - pelos recursos advindos da integralização de cotas. (Incluído pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)

§ 3º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:

I - não integram o ativo da CEF;

II - não respondem direta ou indiretamente por qualquer obrigação da CEF;

III - não compõem a lista de bens e direitos da CEF, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;

IV - não podem ser dados em garantia de débito de operação da CEF;

V - não são passíveis de execução por quaisquer credores da CEF, por mais privilegiados que possam ser;

VI - não podem ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.

§ 4º No título aquisitivo, a CEF fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do fundo a que se refere o caput.

§ 5º No registro de imóveis, serão averbadas as restrições e o destaque referido no parágrafo anterior.

§ 6º A CEF fica dispensada da apresentação de certidão negativa de débitos, expedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, e da Certidão Negativa de Tributos e Contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal, quando alienar imóveis integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput.

§ 7º A alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do fundo a que se refere o caput deste artigo será efetivada diretamente pela CEF, constituindo o instrumento de alienação documento hábil para cancelamento, perante o Cartório de Registro de Imóveis, das averbações pertinentes às restrições e ao destaque de que tratamos os §§ 3º e 4º deste artigo, observando-se: (Redação dada pela Lei nº 11.474, de 2007)

I - o decurso do prazo contratual do Arrendamento Residencial; ou (Incluído pela Lei nº 11.474, de 2007)

II - a critério do gestor do Fundo, o processo de desmobilização do fundo financeiro de que trata o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.474, de 2007)

§ 8º Cabe à CEF a gestão do fundo a que se refere o caput e a proposição de seu regulamento para a aprovação da assembleia de cotistas. (Redação dada pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)

Art. 2º-A. A integralização de cotas pela União poderá ser realizada, a critério do Ministério da Fazenda. (Incluído pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)

I - em moeda corrente; (Incluído pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)

II - em títulos públicos; (Incluído pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)

III - por meio de suas participações minoritárias; ou (Incluído pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)

IV - por meio de ações de sociedades de economia mista federais excedentes ao necessário para manutenção de seu controle acionário. (Incluído pela Mediada Provisória nº 561, de 2012).

§ 1º A representação da União na assembleia de cotistas ocorrerá na forma do inciso V do caput do art. 10 do Decreto-Lei no 147, de 3 de fevereiro de 1967. (Incluído pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)

§ 2º O Fundo de Arrendamento Residencial - FAR, de que trata o inciso II do caput do art. 2º da Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, terá direitos e obrigações próprias, pelas quais responderá com seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem. (Incluído pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)

[...]
Art. 3º-A. O FAR não contará com qualquer tipo de garantia ou aval por parte do setor público e responderá por suas obrigações até o limite dos bens e direitos integrantes de seu patrimônio. (Incluído pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)

Art. 4º Compete à CEF:

I - criar o fundo financeiro a que se refere o art. 2º;

II - alocar os recursos previstos no art. 3º, inciso II, responsabilizando-se pelo retorno dos recursos ao FGTS, na forma do § 1º do art. 9º da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990;

III - expedir os atos necessários à operacionalização do Programa;

IV - definir os critérios técnicos a serem observados na aquisição, alienação e no arrendamento com opção de compra dos imóveis destinados ao Programa; (Redação dada pela Lei nº 11.474, de 2007)

V - assegurar que os resultados das aplicações sejam revertidos para o fundo e que as operações de aquisição de imóveis sujeitar-se-ão aos critérios técnicos definidos para o Programa;

VI - representar o arrendador ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

VII - promover, em nome do arrendador, o registro dos imóveis adquiridos.

VIII - observar as restrições a pessoas jurídicas e físicas, no que se refere a impedimentos à atuação em programas habitacionais, subsidiando a atualização dos cadastros existentes, inclusive os do Sistema Financeiro da Habitação - SFH. (Redação dada pela Lei nº 11.474, de 2007) [grifei]

Resta claro, destarte, que o programa de arrendamento residencial destina-se ao atendimento da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, conforme preceitua o artigo 1º da Lei nº 10.188/2001. Sua gestão compete ao Ministério das Cidades e sua operacionalização à Caixa Econômica Federal, que está autorizada a criar um fundo destinado à segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários a ele destinados. Os §§ 3º e 4º do artigo 2º da Lei nº 10.188/2001 são claros quanto à propriedade dos bens adquiridos pertencer a esse fundo financeiro (caput do artigo 2º), o qual, segundo o § 2º do artigo 2º-A, terá direitos e obrigações próprias e, conforme os artigos 3º-A e 4º, inciso VI, responderá por suas obrigações até o limite dos bens e direitos integrantes de seu patrimônio e é representado pela agravante. O fundo de arrendamento residencial (FAR), portanto, confia seus bens à CEF, que o representa, a fim de viabilizar a operacionalização do programa e o patrimônio de ambas não se comunicam (§ 3º do artigo 2º da Lei nº 10.188/01), eis que, ratifique-se, a empresa pública agirá em nome do fundo, que tem direitos e obrigações próprias.

Destaque-se o seguinte precedente da 4ª Turma deste tribunal que reconhece a legitimidade passiva da mencionada instituição em situações como a dos autos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL AFETO AO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. CEF. IPTU. IMUNIDADE. TAXA DE LIXO. DEVIDA. I. Legitimidade da Caixa Econômica Federal reconhecida. II. Da análise da Lei n. 10.188/01, infere-se que o Ministério das Cidades, Órgão desconcentrado do Poder Executivo Federal, é o gestor do Programa de Arrendamento Residencial. Além disso, os bens imóveis afetos ao Programa integram o patrimônio da União. III. Os bens e direitos da União são insuscetíveis de tributação, sendo esse o regramento aplicável quanto a tais recursos, ainda que revertidos na aquisição dos bens imóveis pela Gestora, a CEF, uma vez em nenhum momento haver seu destacamento do patrimônio da União, como expressamente disposto pela legislação reguladora do tema. IV. Portanto, os imóveis destinados ao PAR constituem patrimônio da União, apenas destacado para afetação à finalidade pública preconizada pela citada Lei nº 10.188/01, sendo ilegítima a cobrança posta quanto ao IPTU, face à imunidade prevista no artigo 150, VI, "a", da CF/88. V. Quanto à cobrança da taxa de lixo no Município de Poá, deve prosseguir a execução, porquanto é legítima sua cobrança. VI. À vista da sucumbência recíproca das partes, os honorários advocatícios fixados devem ser compensados (CPC, art. 21). VII. Apelação parcialmente provida para que a execução prossiga, unicamente em relação à cobrança das taxas. (TRF3 - AC 00352862020084036182 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1750462 - DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO - QUARTA TURMA - e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/12/2012)(grifei).

Assim, não procede a alegação de ilegitimidade passiva ad causam da Caixa Econômica Federal.

Superada a questão, passo ao exame do mérito, "ex vi" do § 2º do artigo 1.013 do Código de Processo Civil.

II - Da Imunidade de Recíproca Tributária

Acerca da questão dispõe o artigo 150, inciso VI, alínea "a", da Constituição Federal, in verbis:

"Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)

VI - instituir impostos sobre:
patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;"

À vista do aludido dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Recurso Extraordinário nº 928.902/SP, em repercussão geral, discutiu a incidência do tributo sobre imóveis do Programa de Arrendamento Residencial (PAR), integrante do programa habitacional para baixa renda criado pelo governo federal com base na Lei 10.188/2001, e deu provimento ao recurso da CEF contra o Município de São Vicente/SP, em ação de execução fiscal para cobrança do imposto predial e territorial urbano (IPTU). Quanto ao tema foi fixada a seguinte tese: Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial (PAR), criado pela Lei 10.188/2001, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, alínea 'a' da Constituição Federal. Segundo o voto do relator, o Ministro Alexandre de Moraes, aplica-se ao caso a regra da imunidade recíproca entre entes federados, prevista na Constituição. O entendimento foi de que a CEF administra o programa habitacional da União, que é quem detém os recursos e o patrimônio do fundo. Para o ministro não ficou caracterizada a ocorrência de atividade comercial, de forma que a imunidade não traz desequilíbrio à livre iniciativa ou à concorrência entre entes privados, porque a União estabeleceu uma estrutura operacional que inclui a empresa pública para cumprir as finalidades que a Constituição Federal determina, quais sejam, o direito à moradia e o princípio da redução das desigualdades. Ressaltou, ainda, que a instituição financeira é um braço instrumental da fazenda nacional e não existe natureza comercial nem prejuízo à livre concorrência. Em conclusão, denota-se que a corte suprema confirmou a legitimidade passiva ad causam da CEF e, ademais, inferiu que a recorrida sofre as limitações decorrentes da garantia da imunidade tributária recíproca, princípio garantidor da federação, que é caracterizada pela igualdade político-jurídica dos entes que a compõe. Assim, é vedada a instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros, como assegura o Texto Maior em seu artigo 150, inciso VI, alínea "a", não excluída por seu § 2º.

III - Da Taxa de Lixo

As taxas, conforme dispõe o artigo 145, inciso II, da Constituição, reproduzido pelo artigo 77 do CTN, têm como hipótese de incidência o exercício do poder de polícia pela administração ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

O Supremo Tribunal Federal, na análise da questão, entendeu como constitucional a cobrança da taxa de lixo domiciliar, posicionamento idêntico acerca da exigência da taxa de combate a sinistros, ao fundamento de que são específicos e divisíveis os serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral (uti universi) e de forma indivisível, tais como o de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos (praças, calçadas, vias, ruas e bueiros). [...] Além disso, no que diz respeito ao argumento da utilização da base de cálculo própria de impostos, o Tribunal reconhece a constitucionalidade de taxas que, na apuração do montante devido, adote um ou mais dos elementos que compõe a base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e a outra. [RE-RG-QO 576321, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 04.12.2008, publicado em 13.02.2009]. Editou a Súmula Vinculante nº 19, com a consolidação do seu entendimento sobre a matéria:

A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal. (Sessão Plenária de 29.10.2009, DJe nº 210 de 10.11.2009, p. 1. DOU de 10.11.2009, p. 1.)

Estabelece a Lei Municipal nº 6.355/90, que dispõe sobre a taxa de lixo:

Art. 1º A taxa de Coleta, Remoção e Destinação de Lixo, instituída pela Lei Municipal nº 5.901, de 30 de dezembro de 1987, passa a ser disciplinada por esta lei e pelo regulamento a ser baixado pelo Poder Executivo.

Art. 2º A taxa tem como fato gerador a utilização, efetiva ou potencial, do serviço de coleta, remoção e destinação de lixo, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Art. 3º O sujeito passivo da taxa é o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor; a qualquer título, de bem imóvel, edificado ou não, lideiro à via ou logradouro público, abrangido pelo serviço de coleta, remoção e destinação de lixo.

§ 1º. Considera-se também lideiro o bem imóvel que tenha acesso à via ou logradouro público, por ruas ou passagens particulares, entrada de viela ou assemelhados.

§ 2º. Ficam isentos os imóveis residenciais e terrenos, localizados dentro do perímetro urbano da cidade, em áreas não dotadas de infraestruturas básicas como pavimentação, redes de água, luz e esgoto, que não se utilizem, de qualquer forma, dos serviços da Coleta de Lixo.

Art. 4º A base de cálculo da taxa é o valor estimado da prestação do serviço.

Art. 5º São critérios de rateio da taxa:

I - A frequência do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte;

II - o volume da edificação, para os imóveis edificados;

III - a testada do terreno, para os imóveis não edificados;

IV - a localização do imóvel.

Art. 6º A taxa é calculada da seguinte forma:

I - Tratando-se de prédio, em função da frequência do serviço, do volume da edificação e da localização, na seguinte conformidade:

a) Imóveis utilizados exclusivamente como residências(...)

b) Demais casos: (...)

II - Tratando-se de terreno, em função da frequência do serviço, da sua testada e da localização, na seguinte conformidade:

Parágrafo único. Nas quadras localizadas na divisa entre as áreas, as faces lideiras às vias públicas divisórias pertencerão às áreas em que houver maior frequência de prestação do serviço.

Identificada a indivisibilidade, verifica-se que o cálculo do tributo é realizado em conformidade com a jurisprudência firmada pelo STF:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TAXA DE COLETA DE LIXO. CONSTITUCIONALIDADE. SÚMULAS VINCULANTES 19 E 29.

1. "A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal" (Súmula Vinculante 19).

2. "É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra" (Súmula Vinculante 29).

3. Agravo regimental desprovido. (AI 632521 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 01/02/2011, DJe-075 Divulg 19-04-2011 Public 25-04-2011 Ement VOL-02507-01 PP-00130)

Não obstante a legitimidade da embargante para figurar no polo passivo, reconheço a incidência da imunidade recíproca quanto ao IPTU, nos termos da Lei nº 10.188/01, artigo 34 do CTN e decisão do STF, razão pela qual a execução somente prosseguirá para pagamento das taxas de lixo.

Assim, considerado que a embargante decaiu de parte mínima do pedido, observados os critérios da norma processual, quanto à natureza e à importância da causa, assim como o trabalho realizado pelo advogado, apresenta-se razoável fixar a verba honorária em R\$ 400,00, que deverá ser paga pelo município, conforme o entendimento da 4ª Turma deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que se coaduna com aquele pacificado na corte superior (Resp 153.208-RS, rel. Min. Nilson Naves, 3ª turma, v.u., Dju 1.6.98).

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, afastando a ilegitimidade de parte da CEF reconhecida pelo juízo *quo* e, nos termos do § 2º do artigo 1.013 do CPC, julgo parcialmente procedente o pedido, a fim de declarar a imunidade da executada apenas quanto ao recolhimento do IPTU, de modo que a execução deverá prosseguir para a cobrança da taxa de lixo. Arcará o Município de Jundiaí/SP com honorários advocatícios no valor de R\$ 400,00.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR). LEI N.º 10.188/2001. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. IPTU. INCIDÊNCIA DE IMUNIDADE RECÍPROCA DA CEF QUANTO AO IPTU. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. TAXA DE LIXO. COBRANÇA LEGÍTIMA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.013, § 2º, DO CPC.

- O programa de arrendamento residencial destina-se ao atendimento da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, conforme preceito do artigo 1º da Lei nº 10.188/2001. Sua gestão compete ao Ministério das Cidades e sua operacionalização à *Caixa Econômica Federal*, que está autorizada a criar um fundo destinado à segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários a ele destinados.

- O Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Recurso Extraordinário nº 928.902/SP, em repercussão geral, discutiu a incidência do tributo sobre imóveis do Programa de Arrendamento Residencial (PAR), integrante do programa habitacional para baixa renda criado pelo governo federal com base na Lei 10.188/2001, e deu provimento ao recurso da CEF contra o *Município* de São Vicente/SP, em ação de execução fiscal para cobrança do imposto predial e territorial urbano (IPTU). Quanto ao tema foi fixada a seguinte tese: Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial (PAR), criado pela Lei 10.188/2001, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, alínea 'a' da Constituição Federal. Segundo o voto do relator, o Ministro Alexandre de Moraes, aplica-se ao caso a regra da imunidade recíproca entre entes federados, prevista na Constituição. O entendimento foi de que a CEF administra o programa habitacional da União, que é quem detém os recursos e o patrimônio do fundo. Para o ministro não ficou caracterizada a ocorrência de atividade comercial, de forma que a imunidade não traz desequilíbrio à livre iniciativa ou à concorrência entre entes privados, porque a União estabeleceu uma estrutura operacional que inclui a empresa pública para cumprir as finalidades que a Constituição Federal determina, quais sejam, o direito à moradia e o princípio da redução das desigualdades. Ressaltou, ainda, que a instituição financeira é um braço instrumental da fazenda nacional e não existe natureza comercial nem prejuízo à livre concorrência. Denota-se que a corte suprema confirmou a legitimidade passiva ad causam da CEF e, ademais, inferiu que a recorrida sofre as limitações decorrentes da garantia da imunidade tributária recíproca, princípio garantidor da federação, que é caracterizada pela igualdade político-jurídica dos entes que a compõe. É vedada a instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros, como assegura o Texto Maior em seu artigo 150, inciso VI, alínea 'a', não excluída por seu § 2º.

- As taxas, conforme dispõe o artigo 145, inciso II, da Constituição, reproduzido pelo artigo 77 do CTN, têm como hipótese de incidência o exercício do poder de polícia pela administração ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

- Considerado que a embargante decaiu de parte mínima do pedido, observados os critérios da norma processual, quanto à natureza e à importância da causa, assim como o trabalho realizado pelo advogado, apresenta-se razoável fixar a verba honorária em R\$ 400,00, que deverá ser paga pelo município, conforme o entendimento da 4ª Turma deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que se coaduna com aquele pacificado na corte superior (Resp 153.208-RS, rel. Min. Nilson Naves, 3ª turma, v.u., Dju 1.6.98).

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, afastar a ilegitimidade de parte da CEF reconhecida pelo juiz a quo e, nos termos do § 2º do artigo 1.013 do CPC, julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de declarar a imunidade da executada apenas quanto ao recolhimento do IPTU, de modo que a execução deverá prosseguir para a cobrança da taxa de lixo. Arcará o Município de Jundiaí/SP com honorários advocatícios no valor de R\$ 400,00, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA declarou seu impedimento. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005492-91.2008.4.03.6104

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BETA EQUIPAMENTOS DE SEGURANCA INDIVIDUAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: SERGIO LUIZ RUAS CAPELA - SP72224

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005492-91.2008.4.03.6104

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BETA EQUIPAMENTOS DE SEGURANCA INDIVIDUAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: SERGIO LUIZ RUAS CAPELA - SP72224

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta de sentença de parcial concessão da ordem a qual afastou a pena de perdimento em relação às Declarações de Importação n.º 07/0681525-9 e 07/0689131-1, determinando o prosseguimento dos despachos aduaneiros.

Nas razões de apelação, a União sustenta que a impetrante deixou de apresentar os documentos solicitados pela fiscalização, por mais de 60 (sessenta) dias, circunstância que caracteriza por si só o abandono das mercadorias.

Houve apresentação de contrarrazões.

O Ministério Público Federal apresentou parecer opinando pelo não conhecimento do recurso, por perda de objeto.

Sentença sujeita a reexame necessário.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N.º 0005492-91.2008.4.03.6104

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BETA EQUIPAMENTOS DE SEGURANCA INDIVIDUAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: SERGIO LUIZ RUAS CAPELA - SP72224

VOTO

De início, esclareço que o Código de Processo Civil de 1973 será o diploma processual aplicável ao deslinde da controvérsia, pois a r. sentença foi publicada na vigência do código revogado.

A r. sentença concedeu parcialmente a ordem para afastar a pena de perdimento em relação às Declarações de Importação n.º 07/0681525-9 e 07/0689131-1, determinando o prosseguimento dos despachos aduaneiros.

No caso concreto, a mercadoria em questão ingressou no porto de Santos em 25 e 28 de maio de 2007, sendo direcionada para o canal cinza. O importador foi, então, notificado a sanar irregularidades, sendo a última notificação emitida em 16 de julho de 2007.

Apurou-se que, até a data de 17 de janeiro de 2008, as pendências verificadas pela fiscalização não teriam sido solucionadas, motivo pelo qual lavrou-se o auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal n.º 0817800/01315/08.

Assim, a apreensão em questão foi determinada em decorrência da interrupção do despacho aduaneiro por mais de 60 (sessenta) dias, prazo que caracteriza abandono da mercadoria, nos termos do art. 23, inc. II, alínea "b", do Decreto-Lei n.º 1.455/76, a saber:

"Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

(...)

II - importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recintos alfandegados nas seguintes condições:

(...)

b) 60 (sessenta) dias da data da interrupção do despacho por ação ou omissão do importador ou seu representante;"

Todavia, no caso dos autos, há que se ponderar o disposto no artigo 65, do Decreto-lei n.º 37/66:

"Art. 65. Enquanto não se efetuar a venda, a mercadoria abandonada poderá ser despachada ou desembaraçada, desde que indenizadas, previamente, as despesas realizadas." (o destaque não é original)

Portanto, a pretensão da apelada é legítima, eis que poderia, nos termos legais, dar continuidade no despacho aduaneiro.

Cabe destacar aqui que a concessão parcial da ordem ora mantida refere-se apenas à apreensão decorrente do procedimento do abandono da carga, não amparando o eventual posterior procedimento de apuração de subfaturamento pela fiscalização.

A r. sentença deve ser mantida.

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o meu voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESEMBARÇO ADUANEIRO. PENA DE PERDIMENTO. PROSSEGUIMENTO DO DESPACHO ADUANEIRO. ÂNIMO DE ABANDONO. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

- Trata-se de apelação interposta de sentença de parcial concessão da ordem a qual afastou a pena de perdimento em relação às Declarações de Importação n.º 07/0681525-9 e 07/0689131-1, determinando o prosseguimento dos despachos aduaneiros.

- No caso concreto, a mercadoria em questão ingressou no porto de Santos em 25 e 28 de maio de 2007, sendo direcionada para o canal cinza. O importador foi, então, notificado a sanar irregularidades, sendo a última notificação emitida em 16 de julho de 2007.

- Apurou-se que, até a data de 17 de janeiro de 2008, as pendências verificadas pela fiscalização não teriam sido solucionadas, motivo pelo qual lavrou-se o auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal n.º 0817800/01315/08.

- Assim, a apreensão em questão foi determinada em decorrência da interrupção do despacho aduaneiro por mais de 60 (sessenta) dias, prazo que caracteriza abandono da mercadoria, nos termos do art. 23, inc. II, alínea "b", do Decreto-Lei n.º 1.455/76.

- Todavia, no caso dos autos, há que se ponderar o disposto no artigo 65, do Decreto-lei n.º 37/66: "Art. 65. Enquanto não se efetuar a venda, a mercadoria abandonada poderá ser despachada ou desembarçada, desde que indenizadas, previamente, as despesas realizadas."

- Portanto, a pretensão da apelada é legítima, eis que poderia, nos termos legais, dar continuidade no despacho aduaneiro.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5013477-94.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: ROBERTO DONIZETI DE SIQUEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: GISELE CRISTINA FERREIRA DOS REIS - SP405910-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5013477-94.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: ROBERTO DONIZETI DE SIQUEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: GISELE CRISTINA FERREIRA DOS REIS - SP405910-A

PARTE RE: PRESIDENTE DA 13ª JUNTA DE RECURSOS DO CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Reexame necessário de sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou procedente o pedido e concedeu a ordem para reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 (quarenta e cinco) dias (Lei de Benefícios, artigo 41-A, § 5º, e artigo 174 do Decreto nº. 3.048/99). Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, *ex vi* do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal. (ID. 135770909).

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido de ciência da sentença. (ID. 135770910).

ID. 137093669, decisão que determinou a redistribuição do feito.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5013477-94.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: ROBERTO DONIZETI DE SIQUEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: GISELE CRISTINA FERREIRA DOS REIS - SP405910-A

PARTE RE: PRESIDENTE DA 13ª JUNTA DE RECURSOS DO CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Reexame necessário de sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou procedente o pedido e concedeu a ordem para reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 (quarenta e cinco) dias (Lei de Benefícios, artigo 41-A, § 5º, e artigo 174 do Decreto nº. 3.048/99). Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, *ex vi* do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal. (ID. 135770909).

Inicialmente, cabe destacar que a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece, em seus artigos 48 e 49, que a administração tem o dever de proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e para a violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (CF, art. 5º, inciso LXXVIII). Nesse sentido, merece destaque a jurisprudência desta corte:

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE NA ANÁLISE DE REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

I - O impetrante alega na inicial que em 20/5/16 formulou requerimento administrativo de aposentadoria por idade perante o INSS (NB 42/177.351.545-1), no entanto, "desde o requerimento, mesmo após ter apresentado todos os documentos necessários para o postulado direito, o benefício do Impetrante continua em análise" (fls. 3). Informou, ainda, que em consulta ao sistema do INSS, consta a informação "Benefício Habilitado", motivo pelo qual requer a concessão da segurança para que seja processado o pedido administrativo. Considerando que a análise administrativa está sem solução desde 20/5/16 e o presente mandamus foi impetrado em 20/10/16, ultrapassou-se muito o prazo fixado, por analogia, pelo art. 174 do Decreto nº 3.048/99 e a Lei nº 9.784/99, que fixam prazo de até 45 dias a partir da data da documentação comprobatória para análise do pleito.

II - Em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula nº 105 do C. Superior Tribunal de Justiça.

III - Remessa oficial improvida. (REO n.º 00116772220164036119, rel. Des. Federal NEWTON DE LUCCA, Oitava Turma, Julg.: 25/06/2018, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018 ..FONTE_REPUBLICAÇÃO).

Dessa forma, requerida a apresentação do recurso administrativo em 06/08/2018, constata-se que a parte autora, na data de impetração do presente mandado de segurança (1º/10/2019), encontrava-se há mais de 01 ano à espera da análise de sua pretensão recursal. Evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluisse o procedimento. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante.

Destarte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença, ao reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 (quarenta e cinco) dias (Lei de Benefícios, artigo 41-A, § 5º, e artigo 174 do Decreto nº. 3.048/99).

Ante o exposto, **nego provimento à remessa oficial.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INSS. PRAZO RAZOÁVEL. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇAMANTIDA.

- Reexame necessário de sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou procedente o pedido e concedeu a ordem para reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 (quarenta e cinco) dias (Lei de Benefícios, artigo 41-A, § 5º, e artigo 174 do Decreto nº. 3.048/99). Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, *ex vi* do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal. (ID. 135770909).

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e para a violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (CF, art. 5º, inciso LXXXVIII). (Precedente).

- Requerida a apresentação do recurso administrativo em 06/08/2018, constata-se que a parte autora, na data de impetração do presente mandado de segurança (1º/10/2019), encontrava-se há mais de 01 ano à espera da análise de sua pretensão recursal. Evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluisse o procedimento. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante.

- Nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença, ao reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 (quarenta e cinco) dias (Lei de Benefícios, artigo 41-A, § 5º e artigo 174 do Decreto nº. 3.048/99).

- Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5001018-81.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: FORBEX BRASIL LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: SANDRO MERCES - SP180744-A, FATIMA PACHECO HAIDAR - SP132458-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5001018-81.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: FORBEX BRASIL LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: SANDRO MERCES - SP180744-A, FATIMA PACHECO HAIDAR - SP132458-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Reexame necessário de sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou procedente o pedido, confirmou a liminar, que determinou que a autoridade impetrada expedisse o certificado de regularidade do FGTS – CRF e extinguiu o feito com resolução do mérito, nos termos do Código de Processo Civil. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios. (ID. 139741684).

A União noticia que deixou de apresentar recurso, à vista da Portaria nº 502, bem pelas informações da autoridade coatora que apontam inexistência de débitos. (ID. 139741688).

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido desprovemento da remessa necessária. (ID. 14111299).

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIACÍVEL(199)Nº 5001018-81.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: FORBEX BRASIL LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: SANDRO MERCES - SP180744-A, FATIMA PACHECO HAIDAR - SP132458-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de *mandamus* impetrado com o objetivo de obter a suspensão da exigibilidade dos débitos, bem como seja determinada a expedição do certificado de regularidade do FGTS CRF.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido, confirmou a liminar, que determinou que a autoridade impetrada expedisse o certificado de regularidade do FGTS e extinguiu o feito com resolução do mérito, nos termos do Código de Processo Civil.

Conforme se verifica na sentença, existia divergência de informações entre o relatório de restrições para a emissão do certificado e os extratos de FGTS dos funcionários da empresa, situação que pode prejudicar o impetrante no regular desenvolvimento de suas atividades.

Ressalta-se que as pendências questionadas nos autos foram devidamente regularizadas, com a atualização cadastral da empresa, assim como o certificado requerido foi devidamente expedido na data de 29/01/2020.

Ainda que assim não fosse, a União procedeu ao restabelecimento do FGTS, conforme petição ID. 139741688, verbis:

"A UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), pela Procuradora da Fazenda Nacional que esta subscreeve, nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA, vem, ciente da sentença de id. 31477646, informar que deixa de apresentar o recurso cabível, em virtude da dispensa contida no art. 2º, X da Portaria de n.º 502 da Procuradoria da Fazenda Nacional, tendo em vista que as informações prestadas pela autoridade coatora (id. 28058215) apontam a inexistência de débitos". (destaquei).

Destarte, não merece reparos a sentença, ao determinar que a autoridade impetrada expedisse o certificado de regularidade do FGTS – CRF.

Ante o exposto, **nego provimento à remessa oficial.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REGULARIZAÇÃO DO FGTS-CRF REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA MANTIDA.

- Trata-se de *mandamus* impetrado com o objetivo de obter a suspensão da exigibilidade dos débitos, bem como seja determinada a expedição do certificado de regularidade do FGTS-CRF.
- Conforme se verifica na sentença, existia divergência de informações entre o relatório de restrições para a emissão do certificado e os extratos de FGTS dos funcionários da empresa, situação que pode prejudicar o impetrante no regular desenvolvimento de suas atividades.
- As pendências questionadas nos autos foram devidamente regularizadas, com a atualização cadastral da empresa, assim como o certificado requerido foi devidamente expedido na data de 29/01/2020.
- Não merece reparos a sentença, ao determinar que a autoridade impetrada expedisse o certificado de regularidade do FGTS – CRF.
- Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000625-77.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: I&M PAPEIS E EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ANDRÉ LUIZ MASSAD MARTINS - SP216132-A

APELADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000625-77.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: I&M PAPEIS E EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ANDRE LUIZ MASSAD MARTINS - SP216132-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por I & M PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA. (id. 6023396) contra sentença que, em sede de ação ordinária, julgou extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso IV do CPC, ao fundamento de ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular. Condenada a autora ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa (id. 6023394).

A apelante aduziu, em síntese (Id. 6023396):

- a) o juízo *a quo* deixou de apreciar as questões conceituais do pedido, mais especificamente no tocante à noção de insumo;
- b) no caso concreto, inimaginável a produção industrial sem seguro, já que eventual sinistro nas fases de produção e especialmente de transporte certamente macularia a saúde da empresa ou tomaria inviável a consecução de seu negócio;
- c) as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 utilizaram-se do termo insumo em seu sentido conotativo, descrito, em parte, na legislação do imposto de renda, mas alteraram indevidamente a noção positivada, de modo que a ação declaratória tentou combater tal ilegalidade;
- d) conforme o Parecer Normativo nº 65/79, constituem direito ao crédito, além dos insumos que se integram ao produto final (matérias-primas, produtos intermediários *strito sensu* e material de embalagem), quaisquer outros bens, desde que não contabilizados pelo contribuinte no seu ativo permanente, que sofram, em função de ação exercida diretamente sobre o produto em fabricação, dano ou perda de propriedades físicas ou químicas;
- e) à vista da identidade constitucional do PIS e da COFINS e a pertinência entre o débito tributário e o crédito vinculado à não cumulatividade, o termo “insumo” deveria ser recebido como sinônimo do custo (custo direto e indireto – externo) com a aquisição dos bens e serviços que possibilitaram a geração da receita tributada;
- f) a teor dos §§ 2º e 3º do art. 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, gastos diretos ou indiretos relacionados ao processo de venda e que são pagos a pessoas jurídicas domiciliadas no país são caracterizados como necessários à manutenção da fonte produtora com direito a crédito do PIS e da COFINS;
- g) os seguros são essenciais para sua manutenção e consecução de seu objeto social, os quais consubstanciam elevados custos e devem ser enquadrados com insumos;
- h) a não-cumulatividade do PIS e da COFINS deve abranger todos dos custos de produção e as despesas necessárias à atividade empresarial, inclusive no que se refere às suas despesas com os seguros;
- i) o posicionamento de autoridade fiscal, exarado através de solução de consulta, explicita que: “*É de se concluir, portanto, que o termo “insumo” utilizado para o cálculo do PIS e COFINS não cumulativos deve necessariamente compreender os custos e despesas operacionais da pessoa jurídica, na forma definida nos artigos 290 e 299 do RIR/99, e não se limitar apenas ao conceito trazido pelas Instruções Normativas nº 247/02 e 404/02 (embasadas exclusivamente na (inaplicável) legislação do IPI (CARF – Recurso 369.519 da 2ª Câmara da Terceira Seção).*”

Contramizações da União, a qual suscita irregularidade formal do recurso caracterizada pelas razões dissociadas da decisão exarada e, no mérito, pleiteia o desprovemento do apelo.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000625-77.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: I&M PAPEIS E EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ANDRE LUIZ MASSAD MARTINS - SP216132-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A ação ordinária proposta por I & M PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA., a qual objetiva o reconhecimento do direito de aproveitar-se do crédito do PIS e da COFINS sobre despesas com seguro, sob o argumento de que tais gastos se inserem no conceito de insumo, porquanto são necessários à manutenção da fonte produtora e correspondem aos bens aplicados ou consumidos na atividade empresarial, bem assim integram os custos de produção e despesas operacionais da pessoa jurídica, na forma definida nos artigos 290 e 299 do RIR/99, de modo a legitimar a compensação/restituição dos recolhimentos nos últimos 10 anos, acrescidos de juros calculados com base na taxa Selic, a partir de cada recolhimento indevido (id. 6022222).

A apelada suscita irregularidade formal do recurso caracterizada pelas razões dissociadas da decisão exarada, porquanto a insurgente não enfrentou o fundamento da sentença atinente à ausência de causa de pedir. Sem razão, no entanto.

O apelo articula argumentos concernentes à configuração do seguro como insumo imprescindível ao seu processo produtivo nas fases de produção, transporte de matérias primas e distribuição dos produtos acabados, uma vez que eventual sinistro desprovido de tal cobertura certamente macularia a saúde da empresa e/ou tornaria inviável a consecução de seu negócio. Sustenta que se impõe a consideração das despesas correlatas para fins de utilização no regime de não cumulatividade das contribuições ao PIS e a COFINS, todavia com base em normas ilegais, a União discorda do pretendido enquadramento para os respectivos gastos e obsta seu creditamento. Por fim, pleiteia o exame do mérito e a declaração do direito ao aproveitamento do crédito, bem assim à compensação/restituição. Assim, não olvidou de demonstrar a causa de pedir considerada inexistente pelo juiz *a quo*. Confira-se os seguintes trechos:

"Foi distribuída ação declaratória visando o reconhecimento do direito ao enquadramento dos valores gastos a título de seguro na condição de insumos para fins de incidência do regime da não cumulatividade das contribuições ao PIS e a COFINS, bem como ao direito ao respectivo aproveitamento dos créditos decorrentes à compensação / restituição dos valores indevidamente recolhidos no período de 10 (dez) anos com a correção da Taxa Selic.

Com fundamento no artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, a ação foi extinta sem julgamento do mérito.

Data máxima vênua, não pode prosperar a SENTENÇA, pelas razões e motivos abaixo expostos,

*O Douto Juízo de primeira, "Data máxima vênua", deixou de apreciar as questões conceituais do pedido, mais especificamente da noção de insumo, vez que que, condena a analogia ao regramento do Imposto de Rendas para as contribuições do PIS e COFINS, no entanto, o conceito é rigorosamente o mesmo, **alterar seria tratar os IGUAIS de forma DESIGUAL**, senão vejamos.*

*A noção [1] de insumo utilizada pela legislação do PIS e da COFINS ficou **positivada implicitamente** como aquela similar ao do imposto sobre a renda, descrita no Decreto-Lei nº 1.598/77, em seu art. 13, § 1º, §2º (Decreto 3000/99 – RIR-, art. 290), e na Lei nº 4.506/64, em seus arts. 46 e 47 (Decreto 3.000/99 – RIR-, art. 291 e 299), mas **mais amplo** que este, como restará evidenciado.*

*Tal conceito é de suma importância vez que, de forma **ILEGAL** a Secretaria da Receita Federal do Brasil editou as Instruções Normativas nºs 247/02, 358/03 e 404/04, prescrevendo [2] que a noção de insumo é aquela do IPI, **sendo ilegais**.*

*No caso concreto e do pedido, **inimaginável uma produção industrial sem SEGURO**, seja na fase de produção, mas fundamentalmente nos TRANSPORTES, da matéria prima e ou para os pontos de venda e ou distribuição, eventual sinistro SEMSEGURO certamente macularia a saúde da empresa e ou tornaria inviável a consecução de seu negócio.*

*O fato concreto é que, as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 utilizaram-se do TERMO INSUMO, em seu sentido conotativo descrito, em parte, na legislação do **imposto de renda, ALTERANDO** esta noção positivada, PORTANTO TAIS INSTRUÇÕES NORMATIVAS ESTÃO eivadas pelo vício da ILEGALIDADE, **esta que a ação declaratória tentou combater, mas que em verdade, restou não observada.** (negrito meu) Com fulcro nestas "ilegais" instruções normativas, a União, por seus órgãos, **obsta a utilização de vários insumos na tomada de crédito para o atendimento ao regime de não cumulatividade do PIS e da COFINS a que está submetida.**" (id. 6023396)*

Evidencia-se que, segundo a apelante, a ilegalidade resta substanciada pelo não enquadramento dos valores gastos a título de seguro no conceito de insumos, não obstante sejam essenciais para o desenvolvimento de sua atividade econômica em qualquer de suas etapas (produção e transporte da matéria prima e produtos acabados para os pontos de venda e distribuição), já que, na ocorrência de eventual sinistro, a falta de cobertura poderia macular a saúde da empresa e/ou tornaria inviável a consecução de seu negócio, cuja conduta ilegal materializada pela União mediante instruções normativas, **a ação que pretendeu combater**. A assertiva corresponde precisamente à causa de pedir da demanda. Inegável, sob esse aspecto, que, sem articular expressamente, o apelante refutou a motivação para a extinção da ação. Assim, nos termos dos artigos 4º e 6º do Código de Processo Civil, orientação positivada no novo código, com vistas a ressaltar a primazia da decisão de mérito, é de se rejeitar a preliminar.

Passo ao exame do mérito, nos termos do artigo 1013, § 3º, inciso I, do CPC.

In casu, tem-se que a controvérsia dos autos gira em torno da análise da abrangência da hipótese prevista no artigo 3º, inciso II, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/03, qual seja, a possibilidade de creditamento, em relação à base de cálculo das contribuições em debate e incidentes sob o regime não cumulativo, referente aos valores gastos a título de seguro.

A Constituição Federal, em seu art. 195, §12, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003, estabeleceu que a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não cumulativas. O dispositivo apenas prevê a possibilidade de o legislador estabelecer os setores de atividade econômica para os quais as contribuições ao PIS e a COFINS devem-se submeter ao regime não cumulativo.

A possibilidade de creditamento e dedução (não se trata jamais de isenção - artigo 111, inciso II, do CTN) dos valores referentes aos insumos utilizados na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda ou na prestação de serviços encontra-se prevista no artigo 3º, inciso II, da Lei nº.10.637/2002, *verbis*:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº. 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI; (...)

Já correlação à COFINS, a previsão correspondente é a do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 10.833/2003, *verbis*:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº. 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI; (...)

Assim, tem-se que as Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003 não conceituam o termo insumos para fins de aproveitamento no sistema da não- cumulatividade das contribuições ao PIS e da COFINS. Como objetivo de preencher tal lacuna, a Secretaria da Receita Federal do Brasil editou as Instruções Normativas n. 247/2002 (PIS /PASEP) e n. 404/04 (COFINS), conforme seguem

IN nº 247/2002:

Art. 66. A pessoa jurídica que apura o PIS /Pasep não-cumulativo com a alíquota prevista no art. 60 pode descontar créditos, determinados mediante a aplicação da mesma alíquota, sobre os valores:

I - das aquisições efetuadas no mês:

(...)

b) de bens e serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes, utilizados como insumos:

b.1) na fabricação de produtos destinados à venda;

b.2) na prestação de serviços; (...)

§ 5º Para os efeitos da alínea "b" do inciso I do caput, entende-se como insumos:

I - utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda:

- a) as matérias primas, os produtos intermediários, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado;
- b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto;

II - utilizados na prestação de serviços:

- a) os bens aplicados ou consumidos na prestação de serviços, desde que não estejam incluídos no ativo imobilizado; e
- b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

IN SRF 404/2004:

Art. 8º Do valor apurado na forma do art. 7º, a pessoa jurídica pode descontar créditos, determinados mediante a aplicação da mesma alíquota, sobre os valores:

I - das aquisições efetuadas no mês:

(...)

b) de bens e serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes, utilizados como insumos:

b.1) na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda; ou

b.2) na prestação de serviços; (...)

§ 4º Para os efeitos da alínea "b" do inciso I do caput, entende-se como insumos:

I - utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda:

a) a matéria-prima, o produto intermediário, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado;

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto;

II - utilizados na prestação de serviços:

a) os bens aplicados ou consumidos na prestação de serviços, desde que não estejam incluídos no ativo imobilizado; e

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

Ao analisar tais dispositivos, tem-se que o legislador infraconstitucional realmente explicitou inúmeras despesas que, em tese, integram cadeias produtivas e, em razão disso, determinou expressamente a possibilidade de creditamento no que toca ao PIS e à COFINS não cumulativos. Porém, dada a complexidade (e inclusive quantidade) das atividades econômicas na atualidade, não se mostra razoável a exigência de especificação de todos os elementos aplicados ou consumidos na fabricação de um bem ou na prestação de um determinado serviço, entendimento que foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp n. 1.221.170-PR, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/73, *litteris*:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004. DA SRF, QUE TRADUZ PROPÓSITO RESTRITIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015).

1. Para efeito do creditamento relativo às contribuições denominadas PIS e COFINS, a definição restritiva da compreensão de insumo, proposta na IN 247/2002 e na IN 404/2004, ambas da SRF, efetivamente desrespeita o comando contido no art. 3º, II, da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que contém rol exemplificativo.

2. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

3. Recurso Especial representativo da controvérsia parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que se aprecie, em cotejo com o objeto social da empresa, a possibilidade de dedução dos créditos reais de custo e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI.

4. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses: (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.

(REsp 1221170/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 24/04/2018)

Desse modo, conforme jurisprudência do STJ (em que restou declarada a invalidade das Instruções Normativas n. 247/2002 e n. 404/2004, no que toca à definição restritiva da compreensão de insumo), bem como nos moldes da Nota SEI nº 63/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, publicada recentemente, em 03.10.2018, cujo teor explicita o posicionamento da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional no sentido de que se deve levar em conta as particularidades de cada processo produtivo, na medida em que determinado bem pode fazer parte de vários processos produtivos, porém com diferentes níveis de importância, tem-se que a definição de insumo, para fins de creditamento de PIS e COFINS, deve considerar a imprescindibilidade ou pelo menos a enorme importância do bem ou serviço para o desenvolvimento da atividade econômica em si (atividade-fim), questão indispensável no que toca à diferenciação entre insumos e meros custos operacionais do contribuinte. Assim, restou definido que um determinado bem ou serviço pode ser considerado insumo tanto por meio do critério da essencialidade (elemento estrutural e inseparável do processo produtivo) quanto pelo critério da relevância, o que pode acontecer em razão de especificidades da cadeia produtiva (no inteiro teor do acórdão mencionado, foi dado o exemplo da água, a qual tem um grau diferente de importância a depender do processo produtivo analisado) ou em razão de exigências legais (por exemplo, a utilização de EPI para determinadas atividades). Em qualquer caso, deve-se proceder a uma análise casuística a fim de se verificar a respeito do preenchimento de algum desses requisitos.

In casu, o contribuinte pleiteia o reconhecimento do direito à apuração de créditos de PIS e COFINS, na sistemática não cumulativa, no que se refere às despesas com seguros, no que impende analisar seu objeto social a fim de se concluir a respeito da abrangência dos insumos utilizados em suas cadeias produtivas e, por conseguinte, se eles englobam realmente o serviço explicitado na inicial e objeto do presente julgamento.

Considerados o item especificado no objeto social do contribuinte (id. 6022224-pág. 3) - *in verbis*:

"A Matriz e as Filiais têm por objeto social a atividade de:

(1) - comércio, importação, exportação, fabricação de Papel, Chapas de papelão Ondulado; confecção sob encomenda de embalagens de Papelão Ondulado; Industrialização por conta de terceiros de papel, chapas de papelão ondulado e embalagens em Geral; podendo ter ainda Transportes rodoviários de cargas em geral, nacionais e interestaduais e participação em outras empresas, como cotista/acionista;"

Entendo que não restam caracterizadas como insumos as despesas explicitadas na inicial. Saliente-se que o fato de o encargo (numerosos gastos com seguros em qualquer de suas etapas, ou seja, relativamente à produção, transporte da matéria-prima e dos produtos acabados para os pontos de venda e distribuição), desempenhar um importante papel para a empresa, no sentido de assegurar indenização financeira no caso de eventual sinistro, não faz com que esteja intrinsecamente ligado ao exercício de suas atividades. Ademais, a contratação desse serviço depende exclusivamente da vontade dos administradores da apelante, tão somente com a finalidade de prevenir-se contra possíveis danos ou perdas ocasionados por evento imprevisível, dado que não há dispositivo legal algum que a obrigue a realizá-lo. Não se desmerece a importância deles, porém não se apresentam como essenciais ou relevantes à produção dos bens ou dos serviços prestados. Nesse sentido decidiu a Terceira Turma desta corte, ao afastar a pretensão do creditamento de despesas de seguros não obrigatórios, à vista da atividade empresarial, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. RETRATAÇÃO. ADEQUAÇÃO DO JULGADO AO PRECEDENTE RESP 1.221.170/PR. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMO. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO. 1. Retornam os autos da Vice-Presidência para juízo de retratação, nos termos e para os fins estabelecidos pelo artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil. 2. O E. Superior Tribunal de Justiça decidiu no Resp nº 1.221.170/PR, submetido ao rito dos recursos repetitivos, que "(a) é ilegal a disciplina de crédito prevista nas Instruções Normativas da SRF nºs. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte." 3. Cabe a esta E. Turma, nos termos delimitados pelo C. STJ, definir se os gastos relativos a rastreamento de veículos e seguros em geral (incluindo-se o seguro dos prédios, de vida, dos veículos e das cargas), se enquadram no conceito de insumo para fins de crédito previsto no artigo 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03. 4. A impetrante se dedica ao ramo de transporte rodoviário de cargas e encomendas em geral, produtos farmacêuticos, correlatos e cosméticos para diferentes destinos e, nos termos do artigo art. 20, alínea "m", do Decreto-Lei nº 73/66, é obrigada a contratar seguro de responsabilidade civil por danos à carga transportada. Desta forma, essa despesa se enquadra no conceito de relevância delimitado pelo C. STJ, por ser decorrente de imposição legal. 5. Entretanto, os demais seguros mencionados pela impetrante, bem como a contratação de rastreamento de veículos não se enquadram como serviços essenciais ou relevantes, pois como constou do voto do então relator, "tais despesas são passíveis de repasse ao preço do serviço contratado, e, caso fosse também consideradas para fins de crédito das exações em discussão, implicaria enriquecimento ilícito à empresa transportadora, o que não restou objetivado pelo legislador". 6. Em relação ao seguro obrigatório, de rigor exercer o juízo de retratação, para dar parcial provimento ao agravo interno, a fim de permitir o crédito dos valores, tal como requerido na inicial, mantendo-se o voto em relação aos demais gastos. 7. No que diz respeito ao pleito compensatório, observo que o C. STJ, no julgamento do Resp 1.111.164/BA, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, reconheceu a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento. 8. Compulsando os autos, verifica-se que a autora não trouxe aos autos sequer uma guia DARF comprobatória do recolhimento indevido, afigurando-se incabível, portanto, o reconhecimento do direito à compensação. 9. Impossível reconhecer o direito à compensação do indébito tributário, em razão da ausência de provas carreadas à inicial dos 05 (cinco) anos anteriores à impetração. 10. Juízo de retratação parcialmente exercido para adotar o entendimento proferido no Resp nº 1.221.170/PR e, nestes termos, dar parcial provimento ao agravo interno, conforme a fundamentação. (APELAÇÃO CÍVEL - 340742 -SIGLA_CLASSE: ApCiv 0005805-53.2011.4.03.6102 -PROCESSO_ANTIAGO: 201161020058055 -PROCESSO_ANTIAGO_FORMATADO: 2011.61.02.005805-5, -RELATORC.: TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/10/2018 -FONTE_PUBLICACAO1: -FONTE_PUBLICACAO2: -FONTE_PUBLICACAO3:)

Ressalte-se que no julgamento do Resp nº 1.221.170 a Corte Superior entendeu no sentido de que o conceito de insumo, para fins de incidência das contribuições ao PIS e da COFINS, não é tão amplo quanto o utilizado na legislação do imposto de renda e nem tão restrito quanto o aplicado pelas disposições normativas concernentes ao IPI. Assim, deve ser apreciado cada caso concreto submetido à apreciação judicial e, portanto, conforme explicitado anteriormente, as despesas em debate não se qualificam como insumos para fins de crédito de PIS e COFINS.

Rejeita-se igualmente o argumento relativo ao entendimento do CARF no que toca à possibilidade de apropriação de créditos com base na norma que fundamenta o pleito do demandante, porque o Poder Judiciário não se vincula à concepção exarada pela administração pública em seus julgamentos, especialmente ao se observarem hipóteses descritas no artigo 927 do CPC (o qual prevê os provimentos que devem ser obrigatoriamente seguidos pelos juízes e tribunais).

Por fim, descabidos os argumentos relativos aos artigos mencionados, uma vez que, ao se tratar de contribuições ao PIS e da COFINS (tributos incidentes sobre a receita ou faturamento), a técnica da não-cumulatividade tem o objetivo de permitir a utilização de uma base de cálculo menos gravosa ao contribuinte, o que se materializa por meio da previsão de despesas necessárias ao exercício da atividade da pessoa jurídica, as quais podem ser deduzidas de sua receita/faturamento a fim de que se possa chegar a uma base impositiva acertada. Destarte, dado que há autorização constitucional para que a sistemática da não-cumulatividade das contribuições em questão seja delineada pelo legislador ordinário, afasta-se os argumentos relativos à violação dos princípios da isonomia, do não confisco, da capacidade contributiva bem como inexistente vício quanto à existência de uma lista nas Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003 a especificar os créditos que podem ser aproveitados neste contexto.

Assim, entendo que não assiste razão à apelante, dado que, consideradas as suas atividades-fim, tais despesas não se enquadram no conceito de insumo. Destarte, prejudicada a pretensão alusiva à compensação/restituição de valores indevidamente recolhidos.

Ante o exposto, rejeito a preliminar da União e dou provimento à apelação para reformar a sentença extintiva e, nos termos do artigo 1013, § 3º, inciso I, do CPC, julgo improcedente o pedido. Mantenho os honorários advocatícios nos mesmos moldes fixados pelo juízo a quo.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. FALTA DE REGULARIDADE FORMAL DO RECURSO. PRELIMINAR REJEITADA. INSUMO. CREDITAMENTO DE DESPESAS COM SEGURO. IMPOSSIBILIDADE.

- O apelo articula argumentos concernentes à configuração do seguro como insumo imprescindível ao seu processo produtivo nas fases de produção, transporte de matérias primas e distribuição dos produtos acabados, uma vez que eventual sinistro desprovido de tal cobertura certamente macularia a saúde da empresa e/ou tornaria inviável a consecução de seu negócio. Sustenta que se impõe a consideração das despesas correlatas para fins de utilização no regime de não cumulatividade das contribuições ao PIS e a COFINS, todavia com base em normas ilegais, a União discorda do pretendido enquadramento para os respectivos gastos e obsta seu crédito. Por fim, pleiteia o exame do mérito e a declaração do direito ao aproveitamento do crédito, bem assim à compensação/restituição. Assim, não olvidou de demonstrar a causa de pedir considerada inexistente pelo juízo a quo.

- *In casu*, tem-se que a controvérsia dos autos gira em torno da análise da abrangência da hipótese prevista no artigo 3º, inciso II, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/03, qual seja, a possibilidade de crédito, em relação à base de cálculo das contribuições em debate e incidentes sob o regime não cumulativo, referente aos valores gastos a título de seguro.

- As Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003 não conceituam termo insumo para fins de aproveitamento no sistema da não cumulatividade das contribuições ao PIS e da COFINS. Com o objetivo de preencher tal lacuna, a Secretária da Receita Federal do Brasil editou as Instruções Normativas n. 247/2002 (PIS/PASEP) e n. 404/04 (COFINS).

- Ao analisar tais dispositivos, tem-se que o legislador infraconstitucional realmente explicitou inúmeras despesas que, em tese, integram cadeias produtivas e, em razão disso, determinou expressamente a possibilidade de crédito no que toca ao PIS e à COFINS não cumulativos. Porém, dada a complexidade (e inclusive quantidade) das atividades econômicas na atualidade, não se mostra razoável a exigência de especificação de todos os elementos aplicados ou consumidos na fabricação de um bem ou na prestação de um determinado serviço, entendimento que foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp n. 1.221.170-PR.

- Conforme jurisprudência do STJ (em que restou declarada a invalidade das Instruções Normativas n. 247/2002 e n. 404/2004, no que toca à definição restritiva da compreensão de insumo), bem como nos moldes da Nota SEI nº 63/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, publicada recentemente, em 03.10.2018, cujo teor explicita o posicionamento da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional no sentido de que se deve levar em conta as particularidades de cada processo produtivo, na medida em que determinado bem pode fazer parte de vários processos produtivos, porém com diferentes níveis de importância, tem-se que a definição de insumo, para fins de crédito de PIS e COFINS, deve considerar a imprescindibilidade ou pelo menos a enorme importância do bem ou serviço para o desenvolvimento da atividade econômica em si (atividade-fim), questão indispensável no que toca à diferenciação entre insumos e meros custos operacionais do contribuinte. Assim, restou definido que um determinado bem ou serviço pode ser considerado insumo tanto por meio do critério da essencialidade (elemento estrutural e inseparável do processo produtivo) quanto pelo critério da relevância, o que pode acontecer em razão de especificidades da cadeia produtiva (no inteiro teor do acórdão mencionado, foi dado o exemplo da água, a qual tem um grau diferente de importância a depender do processo produtivo analisado) ou em razão de exigências legais (por exemplo, a utilização de EPI para determinadas atividades). Em qualquer caso, deve-se proceder a uma análise casuística a fim de se verificar a respeito do preenchimento de algum desses requisitos.

- *In casu*, o contribuinte pleiteia o reconhecimento do direito à apuração de créditos de PIS e COFINS, na sistemática não cumulativa, no que se refere às despesas com seguros, no que impende analisar seu objeto social a fim de se concluir a respeito da abrangência dos insumos utilizados em suas cadeias produtivas e, por conseguinte, se eles englobam realmente o serviço explicitado na inicial e objeto do presente julgamento.

- Entendo que não restam caracterizadas como insumos as despesas explicitadas na inicial. Saliente-se que o fato de o encargo (numerários gastos com seguros em qualquer de suas etapas, ou seja, relativamente à produção, transporte da matéria-prima e dos produtos acabados para os pontos de venda e distribuição), desempenhar um importante papel para a empresa, no sentido de assegurar indenização financeira no caso de eventual sinistro, não faz com que esteja intrinsecamente ligado ao exercício de suas atividades. Ademais, a contratação desse serviço depende exclusivamente da vontade dos administradores da apelante, tão somente com a finalidade de prevenir-se contra possíveis danos ou perda ocasionados por evento imprevisível, dado que não há dispositivo legal algum que a obrigue a realizá-lo. Não se desmerece a importância deles, porém não se apresentam como essenciais ou relevantes à produção dos bens ou dos serviços prestados.

- Ressalte-se que no julgamento do Resp nº 1.221.170 a Corte Superior entendeu no sentido de que o conceito de insumo, para fins de incidência das contribuições ao PIS e da COFINS, não é tão amplo quanto o utilizado na legislação do imposto de renda e nem tão restrito quanto o aplicado pelas disposições normativas concernentes ao IPI. Assim, deve ser apreciado cada caso concreto submetido à apreciação judicial e, portanto, conforme explicitado anteriormente, as despesas em debate não se qualificam como insumos para fins de crédito de PIS e COFINS.

- Rejeita-se igualmente o argumento relativo ao entendimento do CARF no que toca à possibilidade de apropriação de créditos com base na norma que fundamenta o pleito do demandante, porque o Poder Judiciário não se vincula à concepção exarada pela administração pública em seus julgamentos, especialmente ao se observarem hipóteses descritas no artigo 927 do CPC (o qual prevê os provimentos que devem ser obrigatoriamente seguidos pelos juízes e tribunais).

- Por fim, descabidos os argumentos relativos aos artigos mencionados, uma vez que, ao se tratar de contribuições ao PIS e da COFINS (tributos incidentes sobre a receita ou faturamento), a técnica da não-cumulatividade tem o objetivo de permitir a utilização de uma base de cálculo menos gravosa ao contribuinte, o que se materializa por meio da previsão de despesas necessárias ao exercício da atividade da pessoa jurídica, as quais podem ser deduzidas de sua receita/faturamento a fim de que se possa chegar a uma base impositiva acertada. Destarte, dado que há autorização constitucional para que a sistemática da não-cumulatividade das contribuições em questão seja delineada pelo legislador ordinário, afasta-se os argumentos relativos à violação dos princípios da isonomia, do não confisco, da capacidade contributiva bem como inexistência de uma lista nas Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003 a especificar os créditos que podem ser aproveitados neste contexto.

- Rejeitada a preliminar. Apelação provida para reformar a sentença extintiva. Nos termos do artigo 1013, § 3º, inciso I, do CPC, julgado improcedente o pedido. Mantida a fixação dos honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar da União e dar provimento à apelação para reformar a sentença extintiva e, nos termos do artigo 1013, § 3º, inciso I, do CPC, julgar improcedente o pedido. Manter os honorários advocatícios nos mesmos moldes fixados pelo juízo a quo, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaramas Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5022015-52.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

REQUERENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) REQUERENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

REQUERIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5022015-52.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

REQUERENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) REQUERENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

REQUERIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por NESTLE BRASIL LTDA, contra a decisão que negou provimento ao pedido de efeito suspensivo.

Alega a agravante, em síntese, que há na espécie probabilidade de direito e perigo de dano, justificando assim a atribuição de efeito suspensivo nos termos do art. 1.012 §4º.

Com contrarrazões do INMETRO, retomamos autos para julgamento.

É o relatório.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5022015-52.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

REQUERENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão debatida nos autos diz respeito os efeitos do recebimento do recurso de apelação interposto já sob a égide do Novo Código de Processo Civil.

Com efeito. Dispõe o art. 1.012 do Código de Processo Civil:

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

§ 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.

§ 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la;

II - relator, se já distribuída a apelação.

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Infere-se, portanto, que a regra é o recebimento da apelação em ambos os efeitos, exceto na ocorrência de uma das hipóteses previstas pelos incisos do parágrafo primeiro do referido artigo.

O caso concreto se insere na exceção prevista pelo inciso III – *extinção sem resolução de mérito dos embargos do executado* –, portanto correto o recebimento da apelação no efeito devolutivo, tal como decidido no feito principal.

Nesse sentido, o STJ possui entendimento pacificado, consubstanciado na Súmula 317, que assim afirma: *"É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos"*.

No entanto, mesmo diante da sentença de improcedência dos embargos do executado, é possível, em tese, a suspensão da sua eficácia na hipótese de demonstração da **probabilidade de provimento do recurso ou de risco de dano grave**, nos termos do parágrafo 4º do art. 1.012.I/2015).

Em análise de cognição sumária dos autos, não restou demonstrada a excepcionalidade que justifique o recebimento da apelação em efeito diverso do conferido por lei. Isso porque, a concessão do efeito suspensivo exige, a par da fumaça do direito, a demonstração de perigo de lesão.

Nesse sentido, não restou demonstrado em que consiste o receio do grave dano, não prestando a esse fim a mera alegação de que podem ocorrer prejuízos irreparáveis.

Em outras palavras, o receio de grave lesão não é representado pela mera continuidade dos atos de excussão. Há necessidade de comprovar que a penhora (e futura alienação) envolvam bens de natureza tal que a reparação posterior, empecinina, revele-se inócua.

Noutro passo, somente o oferecimento de **depósitos judiciais** evidencia a possibilidade de ocorrência de grave dano, na hipótese de não atribuição do efeito suspensivo. Situação diversa do oferecimento do **seguro-garantia**, o qual não afasta a aplicação da Súmula 317 do STJ.

A conversão em renda do valor depositado só deve ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 32 da Lei das Execuções Fiscais.

Nestes termos, confira-se o posicionamento do C. STJ no sentido de afastar a aplicação da Súmula 317 para casos em que, existindo depósito judicial, a sentença reconhece a **legitimidade da cobrança**:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA. LEVANTAMENTO DA QUANTIA DEPOSITADA CONDICIONADO AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. MULTA DO ART. 538 DO CPC. AUSÊNCIA DO CARÁTER PROTELATÓRIO. EXCLUSÃO. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Observo que o Tribunal local não emitiu juízo de valor sobre os dispositivos legais cuja ofensa se aduz (in casu, arts. 475-O, 520, 574, 587, 730, 739-A do CPC). O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ. 3. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. 4. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, ao contrário do que ocorre no CPC, no regime da Execução Fiscal, persiste a norma segundo a qual, nos termos do art. 32, § 2º, da Lei 6.830/80, somente após o trânsito em julgado será possível a conversão do depósito em renda ou o levantamento da garantia. Nesse sentido: "Por força da regra contida no art. 32, § 2º, da Lei 6.830/80, o levantamento de depósito judicial ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública, sujeita-se ao trânsito em julgado da decisão que reconheceu ou afastou a legitimidade da exação. O art. 32, § 2º, da Lei 6.830/80 é norma especial, que deve prevalecer sobre o disposto no art. 587 do CPC, de modo que a conversão em renda do depósito em dinheiro efetuado para fins de garantia da execução fiscal somente é viável após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a legitimidade da exação. Em virtude desse caráter especial da norma, não há falar na aplicação do entendimento consolidado na Súmula 317/STJ" (EREsp 734.831/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.11.2010). 5. Quanto à multa aplicada pela Corte de origem, percebe-se que os Embargos de Declaração foram opostos na origem com notório propósito de prequestionamento da matéria, razão pela qual deve ser afastada a penalidade prevista no art. 538 do CPC. 6. Recurso Especial provido apenas para afastar a multa fixada pelo Tribunal a quo quando do julgamento dos Aclaratórios. ..EMEN:

Diante do exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É o meu voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECEBIMENTO SEM EFEITO SUSPENSIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

- Infere-se do art. 1.012 do Código de Processo Civil que a regra é o recebimento da apelação em ambos os efeitos, exceto na ocorrência de uma das hipóteses previstas pelos incisos do parágrafo primeiro do referido artigo.
- O caso em tela amolda-se ao inciso III do parágrafo §1º do art. 1.012, sendo de rigor o recebimento da apelação somente no efeito devolutivo.
- Apesar das alegações da agravante, não se vislumbra, em juízo de cognição sumária, a probabilidade do direito invocado ou o perigo de grave dano.
- Em outras palavras, o receio de grave lesão não é representado pela mera continuidade dos atos de excussão. Há necessidade de comprovar que a penhora (e futura alienação) envolvam bens de natureza tal que a reparação posterior, empecúnia, revele-se inócua.
- Noutro passo, somente o oferecimento de **depósitos judiciais** evidencia a possibilidade de ocorrência de grave dano, na hipótese de não atribuição do efeito suspensivo. Situação diversa do oferecimento do **seguro-garantia**, o qual não afasta a aplicação da Súmula 317 do STJ.
- A conversão em renda do valor depositado só deve ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 32 da Lei das Execuções Fiscais.
- Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006678-50.1997.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: CLINICA RADIOLOGICA GERALDO GUERREIRO S/C LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CRISTINA APARECIDA POLACHINI ASSUNES GONCALVES - SP105362-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: ROBERTO RAMOS - SP133318-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006678-50.1997.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: CLINICA RADIOLOGICA GERALDO GUERREIRO S/C LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CRISTINA APARECIDA POLACHINI ASSUNES GONCALVES - SP105362-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta pela Clínica Radiológica Geraldo Guerreiro S/C Ltda. (id. 104848745-págs. 137/146) contra sentença que, em sede de ação ordinária, extinguiu o processo sem julgamento de mérito em relação à Fazenda Pública do Estado de São Paulo, nos termos do artigo 267, inciso IV, do CPC/1973, e julgou improcedente o pedido relativamente à União, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC/1973. Condenada a autora ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa atualizado (id. 104848745-págs. 122/126).

Aduziu-se, em síntese (págs. 137/146), que, após inúmeros pleitos para obter o pagamento dos valores devidos atinentes ao reajuste de 25% nas tabelas do SAI/SUS e SIH/SUS, autorizado pela Portaria nº 2.277/95 e outra, em meados de 30/08/96 foram creditadas na conta corrente da apelante as diferenças dos meses de novembro/95 a maio/96 e, posteriormente, dos demais meses devidos, todavia sem a incidência de correção monetária e juros, a serem calculados entre a data em que deveriam ter sido pagos e a data em que foram creditados, a fim de que o patrimônio do credor não sofria corrosão decorrente de ato abusivo da administração pública. Sustentou, ainda, que o Ministério da Saúde deixou de destinar a totalidade dos recursos para satisfazer seus compromissos atrasados, conforme preconizado pela Medida Provisória 1494-10/96, transformada em Lei 9.322/1996 e Lei nº 9.311/96.

Por fim, pleiteia a reversão da condenação ao pagamento dos honorários de sucumbência.

Contrarrazões das partes adversas (págs. 159/171 e id. 137656664), as quais pleiteiam o desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006678-50.1997.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: CLINICA RADIOLOGICA GERALDO GUERREIRO S/C LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CRISTINA APARECIDA POLACHINI ASSUNES GONCALVES - SP105362-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: ROBERTO RAMOS - SP133318-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Ação ordinária proposta por Clínica Radiológica Geraldo Guerreiro S/C Ltda., a qual objetiva a condenação dos réus ao pagamento da recomposição de 25% dos meses de maio a dezembro de 1996, conforme autorizado pelas Portarias/MS/GM nº 2.277 e 2322/95 da tabela do SIA-SIH/SUS, acrescido dos juros de mora e correção monetária, desde a data em que o crédito deveria ter sido efetuado, bem como perdas e danos a serem reparados (id. 104848745-págs. 2/14).

A sentença acolheu a preliminar de ilegitimidade da Fazenda do Estado de São Paulo. A apelação pleiteia a condenação dos requeridos, mas não impugna especificamente esse ponto da decisão. De qualquer modo, esta turma já se manifestou no sentido de que a União centraliza os recursos do Sistema Único de Saúde (SUS), de modo que é parte legítima, com exclusividade, para responder à demanda da espécie, uma vez que a fixação, atualização e pagamento dos valores relativos aos procedimentos médicos realizados por entidades conveniadas competem ao Ministério da Saúde, representado pela União Federal, a qual tem legitimidade passiva *ad causam*, sem necessidade de participação na lide do Estado ou de Município, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONVÊNIO DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES COM ENTIDADES PRIVADAS. LEI 8.080/90. SUS. UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESSARCIMENTO A MENOR. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A União Federal centraliza os recursos do Sistema Único de Saúde (SUS) sendo parte legítima, com exclusividade, para responder à vertente demanda. A fixação, atualização e pagamento dos valores relativos aos procedimentos médicos realizados pela demandante competem ao Ministério da Saúde, representado pela União Federal, o qual tem legitimidade passiva ad causam, não havendo necessidade de participação na lide do Estado ou de Município.

2. A alegação trazida pela União Federal, acerca da responsabilidade da Secretaria Estadual da Saúde pela autorização das excessivas internações verificadas, bem como pela conferência das respectivas faturas e o processamento e controle das contas apresentadas, não tem o condão de afastar a responsabilidade do ente federativo, pois incumbe ao Estado de São Paulo apenas a atribuição delegável de firmar, administrar e fiscalizar o contrato com o prestador de saúde (tarefa técnico-administrativa).

3. A Lei 8.080/90 permitiu ao Sistema Único de Saúde - SUS, através de convênio instrumentalizado por normas de direito público, recorrer a entidades que ofereçam serviços privados, com preferência àquelas sem fins lucrativos e com filantropia, para garantir à população atendimento médico e cobertura assistencial.

4. Os critérios e valores a serem ressarcidos pelos serviços prestados são estabelecidos pela direção nacional do SUS, aprovados pelo Conselho Nacional de Saúde, que deve fundamentar seus atos mediante apresentação de demonstrativo econômico-financeiro.

5. A Constituição Federal garante ampla tutela ao direito fundamental à saúde (artigos 196 e 198 da CF), não se admitindo que as entidades, que já prestaram seus serviços ao SUS através de convênio, sejam ressarcidas de forma insuficiente. Mesmo que seja um contrato de prestação de serviços de saúde, de caráter público, é de rigor a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro, a fim de que nenhuma das partes envolvidas na relação jurídica seja lesada, de modo que a requerente não seja impedida a arcar com qualquer prejuízo.

6. Considerando que ainda não houve pronunciamento expresso do Egrégio Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade ou não do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, devem ser aplicados os critérios insculpidos no Manual de Orientação para os Cálculos na Justiça Federal, em vigor por ocasião do julgado - especificamente, a Resolução 134/2010-CJF, com as modificações introduzidas pela Resolução 267/2013-CJF, ou seja, "a partir de maio/2012 incide o mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, capitalizados de forma simples (Art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009, combinado com a Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, com alterações da MP n. 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei n. 12.703, de 07 de agosto de 2012, correspondentes a 0,5% ao mês, caso a taxa SELIC ao ano seja superior a 8,5%; 70% da taxa SELIC ao ano, mensalizada, nos demais casos".

7. Fixo a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação, ressaltando que tal obrigação é destinada, exclusivamente, à União Federal.

8. Apelo da União Federal improvido. Apelo da Fazenda Pública do Estado de São Paulo provido. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, *ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0058984-40.1995.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/09/2020, e - DJF3.Judicial 1 DATA: 11/09/2020-grifei*)

No mais, a autora apresentou petição (págs. 91/92) para informar que, em 25/03/1997, houve crédito dos 25% da tabela do SIA-SIH/SUS referente à competência de maio de 1996, razão pela qual o feito deveria prosseguir em relação aos meses faltantes, ou seja, junho a dezembro de 1996. Posteriormente, a autora acrescentou que foram creditados os meses de 06/96 em 23/04/97, 07/96 em 30/5/97, 08/96 em 01/07/97 (págs. 110/114), 09/96 em 01/09/97 e 01/08/97, 10/96 em 19/12/97 e 04/11/97, 11/96 em 19/12/97 e 12/96 em 06/01/98 e 02/01/98 (págs. 117/118).

Alega fazer jus ao pagamento da correção monetária e juros moratórios sobre os valores decorrentes dos 25% (vinte e cinco por cento) de recomposição da tabela do SIA/SIH/SUS, relativo ao período de junho a dezembro de 1996, autorizado pelas Portarias MS/GM nº 2.277/95 e nº 2.322/95. Refêrendos textos normativos "autorizaram a aplicação do fator de recomposição de 25% (vinte e cinco por cento) nos valores das tabelas do Sistema de Informações Ambulatoriais (SIA/SUS) e do Sistema de Informações Hospitalares (SIH/SUS), incluídas as órteses, próteses e materiais especiais com vigência a partir da competência de 1995" ([in http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg_norma_espeelho_consulta.cfm?id=3516399](http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg_norma_espeelho_consulta.cfm?id=3516399)), verbis:

Portaria MS/GM nº 2.777/95. O Ministro de Estado da Saúde, no uso de suas atribuições legais, e considerando:

- a defasagem dos preços de remuneração dos serviços de assistência médico-hospitalar e ambulatorial fixados pelas tabelas do Sistema de Informação Hospitalar (SIH/SUS) e do Sistema de Informações Ambulatoriais (SIA/SUS) do Sistema Único de Saúde, que se encontram inalteradas desde julho de 1994;

- a limitação de recursos orçamentário-financeiros do Fundo Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, que impede seja efetuado, neste momento, o conjunto de correções, adequações e revisões necessárias nas referidas tabelas;

- a tramitação, pelo Congresso Nacional, de diversas matérias que prevêm incremento de recursos para o Sistema Único de Saúde e da Proposta Orçamentária da União para 1996, resolve:

1- Autorizar, em caráter excepcional, a aplicação do fator de recomposição de 25% (vinte e cinco por cento) nos valores das Tabelas do Sistema de Informações Ambulatoriais (SIA/SUS), e do Sistema de Informações Hospitalares (SIH/SUS) excetuando Órteses, Próteses e Materiais Especiais, com vigência a partir da competência julho de 1995.

2- Adequações e revisões diferenciadas de valores de procedimentos serão definidas de acordo com prioridades estabelecidas no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite e do Conselho Nacional de Saúde, com base em estudos técnicos realizados pela Secretaria de Assistência à Saúde, tão logo se configurem disponibilidades orçamentário-financeiras no Fundo Nacional de Saúde/Ministério da Saúde.

3- A Secretaria de Assistência à Saúde, o Departamento de Informática do SUS/FNS e o Fundo Nacional de Saúde adotarão as providências operacionais para a efetivação dos créditos referentes às competências vencidas e vincendas, de acordo com as disponibilidades decorrentes dos repasses do Tesouro Nacional e do empréstimo, em caráter excepcional, de recursos excedentes da Reserva Mínima de Liquidez do Fundo de Amparo ao Trabalhador, alocados pela Medida Provisória no. 1.178, de 01/11/95.

4- Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Portaria MS/GM nº 2.322/95. EMENTA: AUTORIZA EM CARÁTER EXCEPCIONAL, A APLICAÇÃO DE FATOR DE RECOMPOSIÇÃO NOS VALORES DE ÓRTESES, PRÓTESES E MATERIAIS ESPECIAIS, DO SISTEMA DE INFORMAÇÕES HOSPITALARES (SIH-SUS), COM VIGÊNCIA A PARTIR DE JULHO/95, NA FORMA DEFINIDA NO ANEXO.

Verifica-se que foi previsto de forma excepcional o reajuste de 25% (vinte e cinco por cento) das tabelas SIA/SUS e SIH/SUS, em razão da defasagem e inadequação dos critérios vigentes, mediante a alocação de recursos ao Ministério da Saúde. No item 3 da Portaria MS/GM nº 2.277/95, à vista do reconhecimento expresso da inexistência de recursos financeiros, ficou consignado que tais pagamentos se realizariam "de acordo com as disponibilidades decorrentes dos repasses do Tesouro Nacional e do empréstimo, em caráter excepcional, de recursos excedentes da Reserva Mínima de Liquidez do Fundo de Amparo ao Trabalhador". Assim, foi estabelecido o direito ao reajuste, mas não foi fixado tempo para vencimento da obrigação.

No caso dos autos, a autora narrou na exordial que recebeu pagamento pelos serviços prestados ao SUS no período de maio a dezembro de 1996 sem o reajuste de 25% (vinte e cinco por cento) determinado pelas Portarias MS/GM nº 2.277/95 e nº 2.322/95. Para tanto, apresentou o demonstrativo de pag. 29, bem como os comprovantes de depósito de fls. 32/77. Posteriormente, informou que o valor referente a maio/96 foi creditado em sua conta corrente em 25/03/1997, bem assim noticiou nas manifestações seguintes valores referentes a 06/96 depositados em 23/04/97, 07/96 em 30/5/97, 08/96 em 01/07/97 (págs. 110/114), 09/96 em 01/09/97 e 01/08/97, 10/96 em 19/12/97 e 04/11/97, 11/96 em 19/12/97 e 12/96 em 06/01/98 e 02/01/98 (págs. 117/118), concernentes aos serviços de ambulatorio e internação, respectivamente, de modo que as quantias pleiteadas na inicial foram gradativamente creditadas pelo Ministério da Saúde, consoante ratificado na apelação, a qual, entretanto, aludiu ao não pagamento de atualização monetária e juros de mora sobre tais valores, os quais seriam devidos para o período compreendido entre as datas em que deveriam ter sido pagos e as que foram creditados efetivamente, razão pela qual pleiteou a aplicação dos referidos consectários legais. Destarte, remanesce apenas parte do pedido inicial, ou seja, os pleiteados acrescidos.

De seu lado, a União cingiu-se a refutar o alegado direito à correção monetária e aos juros, ao argumento de inexistência de prejuízo ou quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem impugnar especificamente que os depósitos foram realizados sem tais acréscimos nas aludidas datas (id. 137656664).

À época da propositura da ação, os valores relativos aos serviços prestados haviam sido pagos sem o reajuste de 25% (vinte e cinco por cento), os quais foram creditados no decorrer da demanda. Nesse contexto, deve incidir correção monetária desde cada pagamento a menor. De outro lado, o crédito de montante inferior ao devido constituiu a fazenda em mora, de modo que é cabível a incidência de juros moratórios a partir da citação. Os cálculos dos consectários deverão ser realizados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, o qual nada mais faz do que explicitar os índices aplicáveis de acordo com as normas vigentes no período, nos seguintes termos: correção monetária: de janeiro/92 a dezembro/2000, aplicável a UFIR; a partir de janeiro de 2001, aplicável IPCA-E/IBGE (em razão da extinção da UFIR como indexador pela MP n. 1.973-67/2000, art. 29, §3º. Já a título de juros de mora: até dez/2002 incide a taxa mensal de 0,5 %, capitalizados de forma simples (artigos 1062, 1063 e 1064 do antigo Código Civil); de jan/2003 a jun/2009 aplica-se a SELIC (art. 406 da Lei n. 10.406/2002 - Código Civil); de jul/2009 a abr/2012, aplica-se a taxa de 0,5% ao mês (art. 1º.-F da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009, combinado com a Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991); e a partir de maio/2012 incide o mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, capitalizados de forma simples, correspondentes a: 0,5% ao mês, caso a taxa SELIC ao ano seja superior a 8,5% ou 70% da taxa SELIC ao ano, mensalizada, nos demais casos (art. 1º.-F da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009, combinado com a Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, com alterações da MP n. 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei n. 12.703, de 07 de agosto de 2012). Ressalte-se que nessa especificação de índices já está considerado o resultado das ADI Nº 4357 e 4425, bem como a respectiva modulação de seus efeitos pelo STF. Confira-se jurisprudência desta turma:

"Cuida-se de ação de conhecimento processada sob o rito comum ordinário ajuizada por IRMANDADE DO SENHOR BOM JESUS DOS PASSOS DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE BRAGANÇA PAULISTA, em face da União Federal e da Fazenda do Estado de São Paulo, em que se objetiva o pagamento da recomposição de 25% dos meses não pagos, autorizada pela Portarias/MS/GM - nº 2.277 e 2.322/95 da tabela do SIA-SIH/SUS, acrescidos de juros de mora, a partir da citação e correção monetária, desde a data em que o crédito deveria ter sido efetuado.

Valor da causa: R\$ 93.215,69, conforme cópia da decisão (fls. 130/132), preferida na impugnação ao valor da causa nº 97.0605925-3.

Processado regularmente o feito, às fls. 118/119 a autora atravessou petição nos autos, noticiando o creditamento em sua conta corrente, os pagamentos vindicados na inicial, pugnando, no entanto, pela incidência dos consectários legais.

Diante do noticiado nos autos, a r. sentença extinguiu o feito sem resolução de mérito em relação: (1) ao Estado de São Paulo, por acolher sua preliminar de ilegitimidade passiva, (2) ao pedido de recebimento dos valores principais referentes ao repasse de 25% nos meses de junho a novembro de 1996 e aos valores da correção monetária e juros de mora incidentes em relação a esses valores principais do período de junho a setembro de 1996, julgando procedente o pedido residual. Em consequência, condenou a União ao pagamento dos valores pertinentes à correção monetária e aos juros de mora incidentes sobre o valor repassado a título de recomposição em 25% dos valores originários pagos à autora nos meses de outubro e novembro de 1996, a contar do dia primeiro dos meses subsequentes à prestação dos serviços. Determinou, ainda, a apuração dos valores devidos em fase de liquidação, nos termos da Resolução nº 361-CJF, bem como dos juros de mora, nos termos do art. 1.062 do Código Civil/1916, à razão de 6% ao ano, a partir da citação, passando ao percentual de 12% ao ano, a contar da entrada em vigor do Código Civil/2002. Em consequência, condenou a autora ao pagamento ao Estado de São Paulo, em 10% sobre o valor da causa, suspensa, contudo, sua execução nos termos da Lei nº 1.060/1950. Em razão de sucumbência mínima, determinou a compensação dos honorários advocatícios e custas entre a União e a autora, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil. Sentença sujeita ao reexame necessário.

Em apelação, requer, a autora, a permanência da Fazenda Pública Estadual no polo passivo como responsável solidária, com a aplicação da sentença condenatória já prolatada. Pugna a consequente exclusão de sua condenação nos honorários advocatícios.

Com contrarrazões da Fazenda do Estado de São Paulo, subiram os autos a esta Corte, para julgamento.

É o relatório.

DE C I D O.

No que toca ao apelo da autora, conquanto a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores têm reconhecido, de uma forma geral, a responsabilidade solidária de todos os entes federativos em matéria de saúde, conforme o disposto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, no caso em apreço, o qual versa sobre o repasse de verbas referentes à prestação de serviços abrangidos pelo SUS, figura a União Federal como única legitimada para responder à ação, não havendo que se falar em litisconsórcio necessário com os entes estadual e municipal.

Isto porque, embora as ações e serviços de saúde integrem uma rede regionalizada e hierarquizada, formando um sistema único, mas descentralizado, com direção única em cada esfera de governo (artigo 198, caput e inciso I, da Constituição Federal), a realização de atendimentos médicos cujo repasse das verbas foi realizado a destempo, está diretamente relacionada com ato da União Federal, devendo ser por isso responsabilizada de forma exclusiva, o que atrai a competência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o feito em questão.

Deveras, os estados e municípios não têm nenhuma ingerência na fixação dos valores constantes da tabela editada pelo Ministério da Saúde para remuneração dos prestadores de serviços médico-hospitalares pelo SUS, sendo, portanto, de exclusiva responsabilidade da União responder aos termos da presente demanda.

Nesse sentido, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUS. CONVERSÃO DE VALORES EM CRUZEIROS REAIS PELO FATOR 2.750. PORTARIA MS Nº 86/94. IMPLANTAÇÃO DO PLANO REAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RECONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

I - A precariedade da saúde pública, com a defasagem dos preços da tabela, refletindo na queda do número de atendimentos e outras seqüelas de igual relevância, caracterizam a natureza difusa do interesse despertado e, conseqüentemente, a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública, visando à correção dos serviços tabelados no âmbito do SUS, por ocasião do plano real.

II - Despicienda a citação dos Estados Membros, Distrito Federal e Municípios para integrar a ação, porquanto o pagamento dos prestadores de serviços aos SUS é efetuado exclusivamente com recursos provenientes da UNIÃO FEDERAL, não havendo participação dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

III - A decisão proferida no âmbito da ação civil pública tem seus limites de eficácia adstritos à competência territorial do órgão prolator, conforme o artigo 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97. Precedente: REsp nº 253.589/SP, Rel. Min. RUYROSADO DE AGUIAR, DJ de 18.03.2002.

IV - Não se aplica a prescrição do fundo do direito, porquanto, no teor da Súmula nº 85 desta Corte, em se tratando de relação jurídica de trato sucessivo, só estarão prescritas as prestações vencidas antes do quinquênio que antecede a propositura da ação.

V - "A competência para fixar os valores de que trata o artigo 26 da Lei nº 8.080/90 é da direção nacional do SUS - e não do Conselho Nacional de Saúde, que se limita a aprová-los. Mediante a Portaria nº 2.277/95, do Ministério da Saúde, foi determinada a recomposição de 25% a partir de julho de 95, restando a Resolução do CNS convalidada somente quanto ao reajuste de 25%" (REsp nº 597.030/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 13.12.2004).

VI - Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido."

(REsp 422671/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 30/11/2006, p. 149)

Diante do exposto, estabelece-se a legitimidade exclusiva da União Federal para compor esta relação processual.

Quanto à matéria de fundo, verifica-se que, tendo as parcelas requeridas na inicial sido adimplidas, remanesce tão somente o pedido residual, que se prende à correção monetária, juros de mora e honorários.

Também nesse aspecto, a r. sentença merece ser mantida.

A atualização monetária representa a recomposição do valor real da moeda, que constitui um plus a exigir expressa previsão legal.

Assim, a correção monetária dos valores pagos em atraso, deve ocorrer de forma plena, mediante aplicação dos índices representativos da real perda de valor da moeda, sob pena de ofensa ao princípio da moralidade e enriquecimento ilícito do Estado.

Nesse contexto, a correção monetária deve ser aplicada a partir da data de cada pagamento a menor, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, com a incidência, a partir da citação, de juros de mora sobre o principal corrigido no percentual de 6% ao ano até a entrada em vigor do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2001), quando então incidirá apenas a taxa SELIC, que compreende correção monetária e juros, ressalvada a aplicação de lei futura que venha a regular de forma diversa os consectários da mora para com a Fazenda (Código Civil de 2002, art.406).

Finalmente, o montante da condenação será apurado em liquidação de sentença mediante a comprovação dos repasses efetuados a destempo pelo Poder Público à empresa autora em decorrência dos serviços prestados.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557, §1º-A do CPC, nego seguimento à apelação da autora e à remessa oficial.

Transitada em julgado, baixem os autos à Vara de origem, com as devidas anotações.

Int."

(TRF 3ª Região, AC/REO 20080399049086-2, rel. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, j. 15/12/2011-grifei)

PROCESSUAL CIVIL. SUS. TABELA DE SERVIÇOS. PORTARIA GM/MS N. 2.277/95 E 2.322/95. RECOMPOSIÇÃO. JUROS DE MORA. ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 (NA REDAÇÃO DA LEI Nº 11.960/2009). APLICAÇÃO IMEDIATA.

Nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/2009, nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, incidirão, relativamente à atualização monetária e aos juros moratórios, os mesmos critérios aplicados à caderneta de poupança. Essa norma tem incidência também nas ações cujo ajuizamento antecedeu o início da sua vigência, conforme decidido pelo C. STF no julgamento do AI n. 842.063/RS, bem assim pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.205.946/SP.

2. Agravo provido. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1356795 - 0600601-58.1997.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 31/05/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/06/2012)

Assim, consoante o precedente colacionado, o montante da condenação será apurado em liquidação de sentença mediante a comprovação dos repasses dos reajuste efetuados pelo poder público à empresa autora em decorrência dos serviços prestados.

Dos Honorários Advocatícios

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nas causas em que a fazenda ficar vencida, a fixação da verba honorária deverá ser feita conforme apreciação equitativa, sem a obrigatoriedade de adoção, como base para o cômputo, do valor da causa ou da condenação (REsp 1155125/MG - Primeira Seção - rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 10.03.2010, v.u., DJe 06.04.2010). Aquela corte entendeu também que o montante será considerado irrisório se inferior a 1% (um por cento) do valor da demanda. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no Ag n.º 1.181.142/SP, Terceira Turma do STJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 22/08/2011, DJe em 31/08/2011). Dessa forma, considerados o valor atribuído ao feito (R\$ 34.833,90-pág. 14), o trabalho realizado, a natureza da causa, bem como a regra do *tempus regit actum*, aplicável ao caso concreto, e o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil/1973, fixo a verba honorária em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para julgar procedente em parte o pedido e estabelecer a incidência de correção monetária e de juros de mora sobre os valores referentes ao reajuste de 25% (vinte e cinco por cento) da tabela do SIA/SIH/SUS, bem como condenar a ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. REAJUSTE DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) DAS TABELAS SIA/SUS E SIH/SUS. DEPÓSITOS REALIZADOS NO DECORRER DA DEMANDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. DEVIDOS.

- A sentença acolheu a preliminar de ilegitimidade da Fazenda do Estado de São Paulo. A apelação pleiteia a condenação dos requeridos, mas não impugna especificamente esse ponto da decisão. De qualquer modo, esta turma já se manifestou no sentido de que a União centraliza os recursos do Sistema Único de Saúde (SUS), de modo que é parte legítima, com exclusividade, para responder à demanda da espécie, uma vez que a fixação, atualização e pagamento dos valores relativos aos procedimentos médicos realizados por entidades conveniadas competem ao Ministério da Saúde, representado pela União Federal, a qual tem legitimidade passiva *ad causam*, sem necessidade de participação na lide do Estado ou de Município.

- Verifica-se que foi previsto de forma excepcional o reajuste de 25% (vinte e cinco por cento) das tabelas SIA/SUS e SIH/SUS, em razão da defasagem e inadequação dos critérios vigentes, mediante a alocação de recursos ao Ministério da Saúde. No item 3 da Portaria MS/GM nº 2.277/95, à vista do reconhecimento expresso da inexistência de recursos financeiros, ficou consignado que tais pagamentos se realizariam "de acordo com as disponibilidades decorrentes dos repasses do Tesouro Nacional e do empréstimo, em caráter excepcional, de recursos excedentes da Reserva Mínima de Liquidez do Fundo de Amparo ao Trabalhador". Assim, foi estabelecido o direito ao reajuste, mas não foi fixado termo para vencimento da obrigação.

- No caso dos autos, a autora narrou na exordial que recebeu pagamento pelos serviços prestados ao SUS no período de maio a dezembro de 1996 sem o reajuste de 25% (vinte e cinco por cento) determinado pelas Portarias MS/GM nº 2.277/95 e nº 2.322/95. Para tanto, apresentou o demonstrativo de pag. 29, bem como os comprovantes de depósito de fls. 32/77. Posteriormente, informou que o valor referente a maio/96 foi creditado em sua conta corrente em 25/03/1997, bem assim noticiou nas manifestações seguintes valores referentes a 06/96 depositados em 23/04/97, 07/96 em 30/5/97, 08/96 em 01/07/97 (págs. 110/114), 09/96 em 01/09/97 e 01/08/97, 10/96 em 19/12/97 e 04/11/97, 11/96 em 19/12/97 e 12/96 em 06/01/98 e 02/01/98 (págs. 117/118), concernentes aos serviços de ambulatório e internação, respectivamente, de modo que as quantias pleiteadas na inicial foram gradativamente creditadas pelo Ministério da Saúde, consoante ratificado na apelação, a qual, entretanto, aludiu ao não pagamento de atualização monetária e juros de mora sobre tais valores, os quais seriam devidos para o período compreendido entre as datas em que deveriam ter sido pagos e as que foram creditadas efetivamente, razão pela qual pleiteou a aplicação dos referidos consectários legais. Destarte, remanesce apenas parte do pedido inicial, ou seja, os pleiteados acréscimos.

- À época da propositura da ação, os valores relativos aos serviços prestados haviam sido pagos sem o reajuste de 25% (vinte e cinco por cento), os quais foram creditados no decorrer da demanda. Nesse contexto, deve incidir correção monetária desde cada pagamento a menor. De outro lado, o crédito de montante inferior ao devido constitui a fazenda em mora, de modo que é cabível a incidência de juros moratórios a partir da citação. Os cálculos dos consectários deverão ser realizados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, o qual nada mais faz do que explicitar os índices aplicáveis de acordo com as normas vigentes no período, nos seguintes termos: correção monetária: de janeiro/92 a dezembro/2000, aplicável a UFIR; a partir de janeiro de 2001, aplicável IPC A-E/IBGE (em razão da extinção da UFIR como indexador pela MP n. 1.973-67/2000, art. 29, §3º. Já a título de juros de mora: até dez/2002 incide a taxa mensal de 0,5%, capitalizados de forma simples (artigos 1062, 1063 e 1064 do artigo Código Civil); de jan/2003 a jun/2009 aplica-se a SELIC (art. 406 da Lei n. 10.406/2002 - Código Civil); de jul/2009 a abr/2012, aplica-se a taxa de 0,5% ao mês (art. 1º.-F da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009, combinado com a Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991); e a partir de maio/2012 incide o mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, capitalizados de forma simples, correspondentes a: 0,5% ao mês, caso a taxa SELIC ao ano seja superior a 8,5% ou 70% da taxa SELIC ao ano, mensalizada, nos demais casos (art. 1º.-F da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009, combinado com a Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, com alterações da MP n. 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei n. 12.703, de 07 de agosto de 2012). Ressalte-se que nessa especificação de índices já está considerado o resultado das ADI Nº 4357 e 4425, bem como a respectiva modulação de seus efeitos pelo STF.

- Assim, consoante o precedente colacionado, o montante da condenação será apurado em liquidação de sentença mediante a comprovação dos repasses dos reajuste efetuados pelo poder público à empresa autora em decorrência dos serviços prestados.

- O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nas causas em que a fazenda ficar vencida, a fixação da verba honorária deverá ser feita conforme apreciação equitativa, sem a obrigatoriedade de adoção, como base para o cômputo, do valor da causa ou da condenação (REsp 1155125/MG - Primeira Seção - rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 10.03.2010, v.u., DJe 06.04.2010). Aquela corte entendeu também que o montante será considerado irrisório se inferior a 1% (um por cento) do valor da demanda. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no Agn.º 1.181.142/SP, Terceira Turma do STJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 22/08/2011, DJe em 31/08/2011). Dessa forma, considerados o valor atribuído ao feito (R\$ 34.833,90-pág. 14), o trabalho realizado, a natureza da causa, bem como a regra do *tempus regit actum*, aplicável ao caso concreto, e o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil/1973, fixo a verba honorária em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

- Apelação parcialmente provida. Procedente em parte o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação para julgar procedente em parte o pedido e estabelecer a incidência de correção monetária e de juros de mora sobre os valores referentes ao reajuste de 25% (vinte e cinco por cento) da tabela do SIA/SIH/SUS, bem como condenar a ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE. O Des. Fed. MARCELO SARAIVA declarou seu impedimento. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001259-04.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: CLAUDIA REGINA DE CARVALHO QUINTINO FERREIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001259-04.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: CLAUDIA REGINA DE CARVALHO QUINTINO FERREIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta pelo **Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo - CRC/SP** (Id 137325381) contra sentença que, em sede de execução fiscal, reconheceu a nulidade da CDA e extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fulcro nos artigos 485, inciso IV, c/c 803, inciso I, ambos do CPC (Id 134713725 - fls. 17/18). Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (Id 173325380).

Alega, em síntese, que incide na espécie o disposto no artigo 21 do Decreto-Lei nº 9.295/46, que fixou o valor das anuidades devidas aos Conselhos Regionais de Contabilidade, razão pela qual inexistente vício na cobrança.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001259-04.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: CLAUDIA REGINA DE CARVALHO QUINTINO FERREIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente execução objetiva a cobrança das anuidades de 2011 a 2014.

Incide na espécie o disposto no artigo 21 do Decreto-Lei 9.295/46, o qual consta como fundamento legal do débito na CDA. Tal dispositivo legal, alterado pela Lei 12.249/2010, disciplina a cobrança das anuidades devidas pelos contribuintes sujeitos à fiscalização dos Conselhos Regionais de Contabilidade e prevê seus limites máximos, de modo que é desnecessária a menção à Lei nº 12.514/11 no documento. Destarte, a CDA obedece ao princípio da legalidade. Nesse sentido:

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. AUTARQUIA. ANUIDADE. NATUREZA TRIBUTÁRIA. ARTIGO 21 DO DECRETO-LEI 9.295/46 ALTERADO PELA LEI 12.249/2010. LEGALIDADE DA COBRANÇA DA ANUIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.

- As entidades fiscalizadoras do exercício profissional são entes autárquicos e as contribuições a eles destinadas têm caráter tributário. Daí conclui-se que tais contribuições se submetem ao princípio da legalidade, especialmente no que toca à alteração de alíquotas e de base de cálculo, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

- No caso concreto, verifico que consta como fundamento legal da certidão de dívida ativa o artigo 21 do Decreto 9.295/46, alterado pela Lei 12.249/2010, que disciplina a cobrança das contribuições devidas pelos contribuintes sujeitos à fiscalização dos Conselhos Regionais de Contabilidade, estipulando limites máximos de anuidade.

- As anuidades exigidas são posteriores à alteração legislativa que fixou valores máximos para as contribuições anuais e que o fundamento legal constante da CDA para a cobrança é o artigo 21, do Decreto-Lei 9.295/46, alterado pela Lei 12.249/2010. Logo, conclui-se que a cobrança é devida, eis que respeitou o princípio da legalidade tributária.

- Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001162-04.2015.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 16/06/2020)

Diante do exposto, dou provimento à apelação, a fim de reformar a sentença e determinar o regular processamento da execução fiscal.

E M E N T A

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. ANUIDADE. ARTIGO 21 DO DO DECRETO-LEI 9.295/46 ALTERADO PELA LEI 12.249/2010. LEGALIDADE DA COBRANÇA. APELAÇÃO PROVIDA.

- A presente execução objetiva a cobrança das anuidades de 2011 a 2014.

- Incide na espécie o disposto no artigo 21 do Decreto-lei 9.295/46, o qual consta como fundamento legal do débito na CDA. Tal dispositivo legal, alterado pela Lei 12.249/2010, disciplina a cobrança das anuidades devidas pelos contribuintes sujeitos à fiscalização dos Conselhos Regionais de Contabilidade e prevê seus limites máximos, de modo que é desnecessária a menção à Lei nº 12.514/11 no documento. Destarte, a CDA obedece ao princípio da legalidade. Precedentes desta corte regional.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à apelação, a fim de reformar a sentença e determinar o regular processamento da execução fiscal, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5028268-60.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CLAUDIA MARIA QUINTANA BIANCHI

Advogados do(a) APELANTE: MARCELA BARRETTA - SP224259-A, DANIELA BARROS ROSA - SP222838-A

APELADO: INSTITUTO DO PATRIMONIO HISTORICO E ARTISTICO NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5028268-60.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CLAUDIA MARIA QUINTANA BIANCHI

Advogados do(a) APELANTE: MARCELA BARRETTA - SP224259-A, DANIELA BARROS ROSA - SP222838-A

APELADO: INSTITUTO DO PATRIMONIO HISTORICO E ARTISTICO NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança por meio do qual pretende a impetrante obter provimento jurisdicional que determine a anulação das questões 52 e 53 da prova objetiva do concurso para provimento do cargo de Técnico I – área 3 – arquitetura, do IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, atribuindo à candidata a respectiva pontuação, com seu reposicionamento na lista de classificação para prosseguir nas demais etapas do certame.

A r. sentença denegou a segurança.

Nas razões de apelação, a impetrante requer a reforma da r. sentença alegando, em síntese, que a prova extrapolou o edital, uma vez que neste não havia referência expressa à “Carta de Atenas” no conteúdo programático.

As contrarrazões foram apresentadas.

O Ministério Público Federal apresentou parecer opinando pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5028268-60.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CLAUDIA MARIA QUINTANA BIANCHI

Advogados do(a) APELANTE: MARCELA BARRETTA - SP224259-A, DANIELA BARROS ROSA - SP222838-A

APELADO: INSTITUTO DO PATRIMONIO HISTORICO E ARTISTICO NACIONAL

VOTO

O recurso não comporta provimento.

A impetrante inscreveu-se em concurso público para exercer a função de arquiteta do IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Alega que não havia previsão no edital do certame acerca do conteúdo cobrado nas questões de número 52 e 53 (Carta de Atenas), de modo que se encontra configurada ilegalidade da banca examinadora, passível de controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

É certo que o edital é lei interna, que vincula não apenas os candidatos, mas também a própria Administração, e que estabelece regras dirigidas à observância do princípio da igualdade, devendo ambas as partes observar suas disposições.

Ocorre que não há comprovação de que a prova extrapolou o conteúdo programático constante no edital.

Em informações, a autoridade coatora demonstrou que o conhecimento exigido nas questões impugnadas está relacionado à História da Arquitetura e do Urbanismo no Brasil, conforme previsto no subitem 1.2 do conteúdo programático.

Assim, cumpre destacar que não cabe ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora.

É pacífico na jurisprudência desta E. Corte e dos Tribunais Superiores que a atuação do Poder Judiciário em certames seletivos e concursos públicos deve se restringir ao controle da legalidade e da observância das regras contidas no respectivo edital. Não cabe ao Judiciário, na hipótese, substituir-se à Administração nos critérios de seleção. Neste sentido, é farta a jurisprudência dos tribunais superiores:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. COMPATIBILIDADE ENTRE AS QUESTÕES E OS CRITÉRIOS DA RESPECTIVA CORREÇÃO E O CONTEÚDO PROGRAMÁTICO PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA PELO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES DO STF. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. O poder judiciário é incompetente para, substituindo-se à banca examinadora de concurso público, reexaminar o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção das provas, consoante pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes (v.g., MS 30433 AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES; AI 827001 AgR/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; MS 27260/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Red. para o acórdão Min. CARMEN LÚCIA). No entanto, admite-se, excepcionalmente, a sindicabilidade em juízo da incompatibilidade entre o conteúdo programático previsto no edital do certame e as questões formuladas ou, ainda, os critérios da respectiva correção adotados pela banca examinadora (v.g., RE 440.335 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, j. 17.06.2008; RE 434.708, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 21.06.2005).

(...)”

(MS 30.860/DF, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012, processo eletrônico DJE-217 05/11/2012, publicado 06/11/2012)

“Agravamento regimental em mandado de segurança. 2. concurso público. 3. Não compete ao poder judiciário, no controle da legalidade, substituir a banca examinadora para avaliar as respostas dadas pelos candidatos e as notas a elas atribuídas. 4. Quesito não previsto no edital mas mencionado na prova discursiva. Desconsideração por ocasião da correção. Ausência de prejuízo. 5. Inexistência de direito líquido e certo. 6. Precedentes do STF. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(MS 30.173 AgR/DF, Relator Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/06/2011, processo eletrônico DJE-146 29/07/2011, publicado 01/08/2011)

“AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES OBJETIVAS. IMPOSSIBILIDADE.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que ao poder judiciário não é dado substituir banca examinadora de concurso público, seja para rever os critérios de correção das provas, seja para censurar o conteúdo das questões formuladas. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AI 827.001 AgR/RJ, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, DJe-061 30/03/2011, publicado 31/03/2011-grifei)

No mesmo compasso, o STJ:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. REVISÃO DO GABARITO. ANULAÇÃO DA QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A intervenção do judiciário para controlar os atos de banca examinadora de concurso público restringe-se à averiguação da legalidade do procedimento, não sendo-lhe possível substituir a referida banca para reexaminar o conteúdo das questões formuladas, os critérios de correção das provas ou a resposta do gabarito final. Precedentes: AgRg no REsp 1260777 / SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 16/03/2012; AgRg no RMS 21654 / ES, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 14/03/2012; AgRg no REsp 1221807 / RJ; 2ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 07/03/2012; AgRg no REsp 1301144 / RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 30/03/2012.

2. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no AREsp 187.044/AL, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, DJe 10/08/2012-grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. OAB. EXAME DE ORDEM. CONTROLE JURISDICIONAL. CORREÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O poder judiciário não pode substituir a banca examinadora, tampouco se imiscuir nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas, visto que sua atuação cinge-se ao controle jurisdicional da legalidade do concurso público, aí incluído o exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência desta Corte, razão pela qual não merece reforma.

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no REsp 1.133.058/SC, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010-grifei)

Não houve comprovação de maneira clara e inequívoca de que a banca examinadora agiu com ilegalidade.

A r. sentença deve ser mantida.

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. LEGALIDADE ATENDIDA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- A impetrante inscreveu-se em concurso público para exercer a função de arquiteta do IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

- É certo que o edital é lei interna, que vincula não apenas os candidatos, mas também a própria Administração, e que estabelece regras dirigidas à observância do princípio da igualdade, devendo ambas as partes observar suas disposições.

- Ocorre que não há comprovação de que a prova extrapolou o conteúdo programático constante no edital.

- Em informações, a autoridade coatora demonstrou que o conhecimento exigido nas questões impugnadas está relacionado à História da Arquitetura e do Urbanismo no Brasil, conforme previsto no subitem 1.2 do conteúdo programático.

- É pacífico na jurisprudência desta E. Corte e dos Tribunais Superiores que a atuação do Poder Judiciário em certames seletivos e concursos públicos deve se restringir ao controle da legalidade e da observância das regras contidas no respectivo edital. Não cabe ao Judiciário, na hipótese, substituir-se à Administração nos critérios de seleção.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: LEANDRO PEREZ

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001227-96.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: LEANDRO PEREZ

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta pelo **Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo - CRC/SP** (Id 132068241 - fs. 26/36) contra sentença que, em sede de execução fiscal, reconheceu a nulidade da CDA e extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fulcro nos artigos 485, inciso IV c/c 803, inciso I, ambos do CPC (Id 132468641 - fs. 22/23).

Alega, em síntese, que:

- a) a sentença decidiu serem inválidas as CDA sem dar oportunidade para a apelante se manifestar, razão pela qual afrontou o princípio do contraditório e artigos 9º e 10 do CPC;
- b) incide na espécie o disposto no artigo 21 do Decreto-Lei nº 9.295/46, que fixou o valor das anuidades devidas aos conselhos regionais de contabilidade, razão pela qual inexistiu vício na cobrança.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001227-96.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: LEANDRO PEREZ

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Pretende o conselho/apelante a execução de dívida referente às anuidades de 2011 a 2014.

A recorrente alega que a sentença é nula, porquanto se valeu de fundamento diverso relativo à nulidade da CDA por ausência de fundamentação legal sem dar oportunidade para as partes se manifestarem na forma do artigo 10 do CPC. De acordo com a jurisprudência pátria, a declaração de nulidade de um ato tem que ser fundamentada na existência de prejuízo às partes, o que não ocorreu no presente pleito. Ademais, o recorrente teve oportunidade de se manifestar acerca do tema na apelação, de modo que não se constata prejuízo concreto para sua defesa na espécie. Nesse sentido: *de acordo com a moderna ciência processual, que coloca em evidência o princípio da instrumentalidade e o da ausência de nulidade sem prejuízo (pas de nullité sans grief), antes de se anular todo o processo ou determinados atos, atrasando, muitas vezes em anos, a prestação jurisdicional, deve-se perquirir se a alegada nulidade causou efetivo prejuízo às partes* (RESP 201100475006, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:10/04/2013 ..DTPB:). Confira-se também AC 200481000096181, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data:16/06/2011 - Página:499. Desse modo, inexistente a alegada ofensa aos artigos 5º, inciso LIV e LV, da CF e 9 e 10 do CPC.

Quanto ao mérito, incide na espécie o disposto no artigo 21 do Decreto-lei 9.295/46, o qual consta como fundamento legal do débito na CDA. Tal dispositivo legal, alterado pela Lei 12.249/2010, disciplina a cobrança das anuidades devidas pelos contribuintes sujeitos à fiscalização dos Conselhos Regionais de Contabilidade e prevê seus limites máximos. Destarte, a CDA obedece ao princípio da legalidade. Nesse sentido:

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. AUTARQUIA. ANUIDADE. NATUREZA TRIBUTÁRIA. ARTIGO 21 DO DECRETO-LEI 9.295/46 ALTERADO PELA LEI 12.249/2010. LEGALIDADE DA COBRANÇA DA ANUIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.

- As entidades fiscalizadoras do exercício profissional são entes autárquicos e as contribuições a eles destinadas têm caráter tributário. Daí conclui-se que tais contribuições se submetem ao princípio da legalidade, especialmente no que toca à alteração de alíquotas e de base de cálculo, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

- No caso concreto, verifico que consta como fundamento legal da certidão de dívida ativa o artigo 21 do Decreto 9.295/46, alterado pela Lei 12.249/2010, que disciplina a cobrança das contribuições devidas pelos contribuintes sujeitos à fiscalização dos Conselhos Regionais de Contabilidade, estipulando limites máximos de anuidade.

- As anuidades exigidas são posteriores à alteração legislativa que fixou valores máximos para as contribuições anuais e que o fundamento legal constante da CDA para a cobrança é o artigo 21, do Decreto-lei 9.295/46, alterado pela Lei 12.249/2010. Logo, conclui-se que a cobrança é devida, eis que respeitou o princípio da legalidade tributária.

- Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001162-04.2015.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 16/06/2020)

Diante do exposto, rejeito a preliminar e **dou provimento à apelação**, a fim de reformar a sentença e determinar o regular processamento da execução fiscal.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. ANUIDADE. ARTIGO 21 DO DO DECRETO-LEI 9.295/46 ALTERADO PELA LEI 12.249/2010. LEGALIDADE DA COBRANÇA. APELAÇÃO PROVIDA.

- A recorrente alega que a sentença é nula, porquanto se valeu de fundamento diverso relativo à nulidade da CDA por ausência de fundamentação legal sem dar oportunidade para as partes se manifestarem na forma do artigo 10 do CPC. De acordo com a jurisprudência pátria, a declaração de nulidade de um ato tem que ser fundamentada na existência de prejuízo às partes, o que não ocorreu no presente pleito. Ademais, o recorrente teve oportunidade de se manifestar acerca do tema na apelação, de modo que não se constata prejuízo concreto para sua defesa na espécie. Nesse sentido: *de acordo com a moderna ciência processual, que coloca em evidência o princípio da instrumentalidade e o da ausência de nulidade sem prejuízo (pas de nullité sans grief), antes de se anular todo o processo ou determinados atos, atrasando, muitas vezes em anos, a prestação jurisdicional, deve-se perquirir se a alegada nulidade causou efetivo prejuízo às partes* (RESP 201100475006, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:10/04/2013 ..DTPB:). Confira-se também AC 200481000096181, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data:16/06/2011 - Página:499. Desse modo, inexistente a alegada ofensa aos artigos 5º, inciso LIV e LV, da CF e 9 e 10 do CPC.

- A presente execução objetiva a cobrança das anuidades de 2011 a 2014.

- Incide na espécie o disposto no artigo 21 do Decreto-lei 9.295/46, o qual consta como fundamento legal do débito na CDA. Tal dispositivo legal, alterado pela Lei 12.249/2010, disciplina a cobrança das anuidades devidas pelos contribuintes sujeitos à fiscalização dos Conselhos Regionais de Contabilidade e prevê seus limites máximos. Destarte, a CDA obedece ao princípio da legalidade. Precedentes desta corte regional.

- Preliminar rejeitada. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar e dar provimento à apelação, a fim de reformar a sentença e determinar o regular processamento da execução fiscal, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0017537-47.2005.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RADIAL TECNOGRAF MAQUINAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: PAULO AUGUSTO ROSA GOMES - SP117750-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0017537-47.2005.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RADIAL TECNOGRAF MAQUINAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: PAULO AUGUSTO ROSA GOMES - SP117750-A

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL em face da r. sentença de fls. 171/172 mediante a qual restaram julgados improcedentes os embargos à execução de sentença, com a adoção dos cálculos de liquidação trazidos pela parte exequente, uma vez que as contas elaboradas pela Contadoria Judicial a fls. 161/167 alcançaram valores superiores aos da credora exequente.

A UNIÃO FEDERAL alega, em síntese, que a sentença acolheu cálculos da Contadoria Judicial que se afastaram dos moldes legais do tributo em questão, assim como afrontaram a própria decisão de mérito da ação principal transitada em julgado.

O fertadas contrarrazões, os autos vieram a esta corte regional.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0017537-47.2005.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RADIAL TECNOGRAF MAQUINAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: PAULO AUGUSTO ROSA GOMES - SP117750-A

VOTO

A exequente iniciou a execução, juntando aos autos, memória de cálculo no valor total de R\$ 42.002,28 (data do cálculo em 02/2007)

A União opôs estes embargos à execução pelos quais impugnou os referidos cálculos, bem assim informou que os valores a serem pagos seriam de R\$ 3.977,36, em conformidade com o provimento jurisdicional exarado no feito.

Em razão de tal discrepância, os autos foram remetidos à contadoria, que após proceder aos respectivos cálculos, prestou a seguinte informação:

“MM(a) JUÍZ(a)

Atendendo o r. despacho fls. 88, informamos a Vossa Excelência o que segue:

Os cálculos do autor de fls. 43/52 a base de cálculo (faturamento) utilizada não consiste com os laudos fornecidos pela Delegacia da Receita Federal. Diante do acima exposto, elaboramos adequação dos cálculos de fls. 58/72 para a mesma data (02/2007), tendo em vista que foram anexados aos autos a base de cálculo (faturamento) dos períodos de maio/1988 a dezembro/1990 e o ano de 1992 pleiteados pelo autor. Utilizamos a base de cálculo (faturamento) fornecida pela SRF fls. 110/111 (por ter fé pública). Os valores a repetir é demonstrado através dos Darf's anexados aos autos, conforme demonstrativo anexo.

A Consideração Superior S.M.J São Paulo, 22 de março de 2007. (...)

(...) O Resumo Comparativo de Cálculo, a saber:

VALOR DO CÁLCULO DO AUTOR: R\$ 42.002,28

Data do cálculo 02/2007

VALOR DO CÁLCULO DO RÉU: R\$ 3.977,36

VALOR DO CÁLCULO DA JUSTIÇA: R\$ 50.769,01

Data do cálculo 02/2007

VALOR DA JUSTIÇA EM 02/2007: R\$ 50.769,01

À consideração superior:

São Paulo, 16 de janeiro de 2009 (...)”

Posteriormente, com a concordância da exequente e a discordância da ora apelante União, foi proferida a sentença de fls. 171/172 pela qual, ao espeque das contas da Contadoria, o Juízo *a quo* rejeitou a impugnação trazida nos embargos à execução opostos pela Fazenda, e julgou improcedentes os embargos, acolhendo os cálculos apresentados pelo exequente, no valor de R\$ 21.815,10.

À melhor compreensão da questão transcrevo a sentença na parte de maior interesse à apreciação da lide:

(...) Analisando a documentação colacionada aos autos, bem como as insurgências levantadas pela embargante, reputo que os cálculos elaborados pelo Sr. Contador Judicial às fls. 161/167 estão em consonância com a sentença, confirmada em sede recursal. Contudo, não é possível aceitá-los integralmente, visto que são superiores ao valor executado pela embargada. Como aos Embargos aplicam-se as regras do processo de conhecimento, é vedado que a sentença neles proferida conceda mais do que pleiteado pelos exequentes, sob pena de ultrapassar os seus limites, incorrendo no defeito da sentença ultrapetita. Logo, acolho como correto o valor apurado pela embargada, qual seja, R\$21.815,10, para março de 2005. Estes Embargos envolvem apenas matéria de direito, independentemente seu julgamento de outras provas. Posto isso, com base na fundamentação expedinda, julgo improcedentes os Embargos, acolhendo os cálculos apresentados pelos exequentes (fls. 268/273 dos autos principais), no importe de R\$21.815,10 (março de 2005). (...)

Realmente, o título executivo deve ser cumprido fielmente a fim de se evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

De fato, os cálculos elaborados pela Contadoria estão em consonância com os parâmetros e especificações estabelecidos no título executivo, com a observância dos estritos limites do título executivo transitado em julgado.

Saliente-se que a Contadoria Judicial é órgão auxiliar isento e equidistante dos interesses das partes litigantes, gozando de presunção de veracidade, de modo que para desconstituir a diferença por ela apurada se faz necessária a apresentação de prova robusta e apta a infirmar a veracidade das conclusões da Contadoria.

Nesse diapasão, em casos análogos ao presente, o C. Superior Tribunal de Justiça e este Tribunal já se manifestaram no sentido de que na ocorrência de divergência entre os cálculos dos litigantes e o do perito judicial, devem ser acolhidos os do perito.

Nesse sentido destaco os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACÓRDÃO QUE, À LUZ DOS FATOS E PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU QUE NÃO HOUVE JULGAMENTO ULTRA PETITA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. REMESSA DOS AUTOS, DE OFÍCIO, À CONTADORIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...) III. Nos termos da orientação do STJ, "pode o juiz, de ofício, independentemente de requerimento das partes, enviar os autos à contadoria judicial e considerá-los como corretos, quando houver dúvida acerca do correto valor da execução" (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.446.516/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/09/2014). A propósito: STJ, AgRg no REsp 1.295.850/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 1º/10/2015; AgRg nos EDcl no REsp 1.413.210/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/06/2014; AgRg no AREsp 117.090/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/03/2013.

IV. Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 230.897/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 20/11/2015)

Desta Corte Regional:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÁLCULOS DA CONTADORIA JUDICIAL. ACOLHIMENTO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VERBA HONORÁRIA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. APELO DESPROVIDO.

(...) II - A Contadoria do Foro é órgão de auxílio do Juízo, detentora de fé-pública, equidistante dos interesses das partes e sem qualquer relação na causa, presumindo-se a veracidade de seus cálculos elaborados. Desse modo, havendo divergência nos cálculos de liquidação, devem prevalecer aqueles elaborados pela Contadoria Judicial.

(...) IV - Apelação desprovida. Honorários majorados em 2% (dois por cento), com fundamento nos §§2º e 11 do artigo 85 do Novo Código de Processo Civil.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2233783 - 0016393-28.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 09/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/10/2018)

Destaque-se, que a Fazenda obteve o benefício decorrente do denominado princípio da congruência ou adstrição, uma vez que o juízo ficou adstrito ao pedido do exequente constante nos autos.

Apesar dos cálculos da Contadoria Judicial guardarem perfeita consonância com o título judicial transitado em julgado, eles não puderam servir de parâmetro à quitação do débito, porquanto ultrapassaram o valor trazido pela exequente para a execução, donde se infere que a decisão deve ser adequada aos limites do pedido, sob pena de julgamento *ultra petita*.

Com efeito, reitera-se, no caso concreto, não há qualquer irregularidade na sentença de primeiro grau, subsidiada nos cálculos da isenta e competente Contadoria Judicial, razão pela qual o julgado deve ser mantido em todos os seus termos.

Ante o exposto, nego provimento apelação, consoante fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CONTAS. DIVERGÊNCIA DE VALORES. CÁLCULOS CONTADORIA JUDICIAL. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. APELAÇÃO DA FAZENDA NÃO PROVIDA.

- A exequente iniciou a execução, juntando aos autos memória de cálculo no valor total de R\$ 42.002,28 (data do cálculo em 02/2007)

- A União opôs estes embargos à execução pelos quais impugnou os referidos cálculos, bem assim informou que os valores a serem pagos seriam de R\$ 3.977,36, em conformidade com o provimento jurisdicional exarado no feito.

- Em razão de tal discrepância, os autos foram remetidos à contadoria, que após proceder aos respectivos cálculos, prestou a seguinte informação: "MM(a) JUIZ(a) Atendendo o r. despacho fls.88, informamos a Vossa Excelência o que segue: Os cálculos do autor de fls.43/52 a base de cálculo(faturamento) utilizada não consiste com os laudos fornecidos pela Delegacia da Receita Federal. Diante do acima exposto, elaboramos adequação dos cálculos de fls.58/72 para a mesma data (02/2007), tendo em vista que foram anexados aos autos a base de cálculo(faturamento) dos períodos de maio/1988 a dezembro/1990 e o ano de 1992 pleiteados pelo autor. Utilizamos a base de cálculo (faturamento) fornecida pela SRF fls. 110/111 (por ter fê pública). Os valores a repetir é demonstrado através dos Darfs anexados aos autos, conforme demonstrativo anexo. A Consideração Superior S.M.J São Paulo, 22 de março de 2007. (...) (...) O Resumo Comparativo de Cálculo, a saber: VALOR DO CÁLCULO DO AUTOR: R\$ 42.002,28 Data do cálculo 02/2007 VALOR DO CÁLCULO DO RÉU: R\$ 3.977,36 VALOR DO CÁLCULO DA JUSTIÇA: R\$ 50.769,01 Data do cálculo 02/2007 VALOR DA JUSTIÇA EM 02/2007: R\$ 50.769,01 A consideração superior. São Paulo, 16 de janeiro de 2009 (...)"

uo rejeitou a impugnação trazida nos embargos à execução opostos pela Fazenda e julgou improcedentes os embargos, acolhendo os cálculos apresentados pelo exequente, no valor de R\$ 21.815,10 a q- Com a concordância da exequente e a discordância da ora apelante União, foi proferida a sentença de fls. 171/172 pela qual, ao esquite das contas da Contadoria, o Juízo

- À melhor compreensão da questão transcrita a sentença na parte de maior interesse à apreciação da lide: (...) Analisando a documentação colacionada aos autos, bem como as insurgências levantadas pela embargante, reputo que os cálculos elaborados pelo Sr. Contador Judicial às fls. 161/1 67 estão em consonância com a sentença, confirmada em sede recursal. Contudo, não é possível aceitá-los integralmente, visto que são superiores ao valor executado pela embargada. Como aos Embargos aplicam-se as regras do processo de conhecimento, é vedado que a sentença neles proferida conceda mais do que pleiteado pelos exequentes, sob pena de ultrapassar os seus limites, incorrendo no defeito da sentença *ultrapetita*. Logo, acolho como correto o valor apurado pela embargada, qual seja, R\$21.815,10, para março de 2005. Estes Embargos envolvem apenas matéria de direito, independendo seu julgamento de outras provas. Posto isso, com base na fundamentação expedida, julgo improcedentes os Embargos, acolhendo os cálculos apresentados pelos exequentes (fls. 268/273 dos autos principais), no importe de R\$21.815,10 (março de 2005). (...)

- O título executivo deve ser cumprido fielmente a fim de se evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

- Os cálculos elaborados pela Contadoria estão em consonância com os parâmetros e especificações estabelecidos no título executivo, com a observância dos estritos limites do título executivo transitado em julgado.

- A Contadoria Judicial é órgão auxiliar isento e equidistante dos interesses das partes litigantes, gozando de presunção de veracidade, de modo que para desconstituir a diferença por ela apurada se faz necessária a apresentação de prova robusta e apta a infirmar a veracidade das conclusões da Contadoria.

- Em casos análogos ao presente, o C. Superior Tribunal de Justiça e este Tribunal já se manifestaram no sentido de que na ocorrência de divergência entre os cálculos dos litigantes e o do perito judicial, devem ser acolhidos os do perito.

- A Fazenda obteve o benefício decorrente do denominado princípio da congruência ou adstrição, uma vez que o juízo ficou adstrito ao pedido do exequente constante nos autos.

ultra petita. - Apesar dos cálculos da Contadoria Judicial guardarem perfeita consonância com o título judicial transitado em julgado, eles não puderam servir de parâmetro à quitação do débito, porquanto ultrapassaram o valor trazido pela exequente para a execução, donde se infere que a decisão deve ser adequada aos limites do pedido, sob pena de julgamento

- No caso concreto, não há qualquer irregularidade na sentença de primeiro grau, subsidiada nos cálculos da isenta e competente Contadoria Judicial, razão pela qual o julgado deve ser mantido em todos os seus termos.

- Negado provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020909-55.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: EMPRESA GONTIJO DE TRANSPORTES LIMITADA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANA PAULA DA SILVA GOMES - MG115727-A, YAZALDE ANDRESSI MOTA COUTINHO - MG115670-A, PATRICIA MARIA VILA NOVA DE PAULA - MG151103-A, LIVIA PEREIRA SIMOES - MG103762-A

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020909-55.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: EMPRESA GONTIJO DE TRANSPORTES LIMITADA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANA PAULA DA SILVA GOMES - MG115727-A, YAZALDE ANDRESSI MOTA COUTINHO - MG115670-A, PATRICIA MARIA VILANOVA DE PAULA - MG151103-A, LIVIA PEREIRA SIMOES - MG103762-A

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela EMPRESA GONTIJO DE TRANSPORTES LTDA. em face de decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu o pedido de substituição da garantia existente por bem móvel ou, alternativamente, por seguro garantia.

Alega a agravante, em síntese, que tem enfrentado grandes dificuldades em decorrência da pandemia causada pelo Covid-19, assim, faz jus à excepcional substituição do depósito judicial por bem móvel (ônibus) ou seguro garantia, ora requerida requerida; ainda, defende o princípio de que a execução deve se dar de modo menos gravoso ao devedor.

Com contraminuta da AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES-ANTT, retomamos autos para julgamento.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020909-55.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: EMPRESA GONTIJO DE TRANSPORTES LIMITADA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANA PAULA DA SILVA GOMES - MG115727-A, YAZALDE ANDRESSI MOTA COUTINHO - MG115670-A, PATRICIA MARIA VILANOVA DE PAULA - MG151103-A, LIVIA PEREIRA SIMOES - MG103762-A

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Com efeito, a execução se realiza no interesse do credor (art. 797 do CPC), o que significa dizer que o menor gravame ao devedor não pode ocasionar a ineficiência da execução. Em suma, a execução não pode ser indolor ou inócua, posto que não é esse o sentido do art. 805 do CPC.

Cuidou o artigo 835 do CPC de estabelecer, portanto, uma ordem preferencial para a realização da penhora, visando permitir a eficiência do procedimento de cobrança. Também a Lei 6.830/80 (art. 9º e art. 11) estabelece uma ordem para a nomeação de bens à penhora. Impende salientar que o Código de Processo Civil estabeleceu no parágrafo 1º do aludido art. 835 que: "*É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto*". Depreende-se, portanto, que somente os itens dos incisos II a XIII podem ser penhorados sem obediência da ordem prevista.

Além disso, é posicionamento sedimentado nos tribunais que a exequente não se encontra obrigada a aceitar a nomeação de bens que, a despeito de figurarem em melhor localização no elenco do art. 11 citado, não ostentam necessária liquidez.

Existindo bens outros livres e desembaraçados é de rigor o acatamento da recusa pela exequente daqueles nomeados pela executada, o que se faz em harmonia com o comando do artigo 797 do CPC.

Logo, o princípio da menor onerosidade ao devedor deve ser aplicado quando existirem alternativas igualmente úteis à satisfação do direito do credor.

Se há discordância da exequente quanto à substituição pleiteada e se ambas as garantias ocupam a mesma posição na ordem de penhora, não há que falar em direito subjetivo do devedor em relação ao deve prevalecer, na medida em que tal direito existiria quando comprovada a intenção da exequente em tomar excessivamente onerosa a execução.

Expostos tais elementos, e ainda que esta Relatora não ignore a excepcionalidade dos motivos que ocasionaram o pleito ora apreciado, destaco que a providência requerida (substituição de depósito judicial por bem móvel ou seguro-garantia) encontra obstáculo no art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.703/1998, pelo qual o valor do depósito somente poderá ser levantado após o encerramento da lide ou do processo litigioso, entendimento este adotado nesta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL – AGRADO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA ELETRÔNICA – SUBSTITUIÇÃO POR SEGURO GARANTIA: IMPOSSIBILIDADE.

1. A regra da menor onerosidade (art. 805, do Código de Processo Civil) não visa inviabilizar, ou dificultar, o recebimento do crédito pelo credor:

2. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, há distinção entre a garantia mediante depósito judicial e as demais modalidades.

3. No atual momento processual, a execução fiscal está parcialmente garantida por depósito, decorrente do bloqueio eletrônico. A substituição de dinheiro por seguro garantia não é viável.

4. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5012492-84.2018.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado JOSE EDUARDO DE ALMEIDA LEONEL FERREIRA, julgado em 31/01/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2019)

Destaco, ainda, que, em recente decisão (04 de maio de 2020), a Rel. do REsp 1.177.330 (Mír. ASSUSETE MAGALHÃES) indeferiu pedido semelhante, anotando que “*Os depósitos judiciais para a suspensão de exigibilidade de crédito tributário são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98) e à conta única dos Tesouros Estaduais (art. 3º da Lei Complementar 151/2015). União e Estados, portanto, contam com os valores na gestão de seus fluxos de caixa. Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer o emprego dos valores pelo Poder Público na implantação de políticas sociais e na implementação de medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social.*”

Deste modo e, ao menos em sede de exame sumário, não há qualquer fundamento para o deferimento do pleito, nos termos em que requerido.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento**, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRADO DE INSTRUMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA GARANTIA. PANDEMIA COVID-19. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO IMPROVIDO.

- Com efeito, a execução se realiza no interesse do credor (art. 797 do CPC), o que significa dizer que o menor gravame ao devedor não pode ocasionar a ineficiência da execução. Em suma, a execução não pode ser indolor ou inócua, posto que não é esse o sentido do art. 805 do CPC.

- Cuidou o artigo 835 do CPC de estabelecer, portanto, uma ordem preferencial para a realização da penhora, visando permitir a eficiência do procedimento de cobrança. Também a Lei 6.830/80 (art. 9º e art. 11) estabelece uma ordem para a nomeação de bens à penhora. Impende salientar que o Código de Processo Civil estabeleceu no parágrafo 1º do aludido art. 835 que: “*É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto.*”. Depreende-se, portanto, que somente os itens dos incisos II a XIII podem ser penhorados sem obediência da ordem prevista.

- Ademais, se há discordância da exequente quanto à substituição pleiteada e se ambas as garantias ocupam a mesma posição na ordem de penhora, não há que falar em direito subjetivo do devedor em relação ao deve prevalecer, na medida em que tal direito existiria quando comprovada a intenção da exequente em tomar excessivamente onerosa a execução.

- Expostos tais elementos, e ainda que esta Relatora não ignore a excepcionalidade dos motivos que ocasionaram o pleito ora apreciado, destaco que a providência requerida (substituição de depósito judicial por bem móvel ou seguro-garantia) encontra obstáculo no art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.703/1998, pelo qual o valor do depósito somente poderá ser levantado após o encerramento da lide ou do processo litigioso. Precedentes desta E. Corte.

- Destaco, ainda, que, em recente decisão (04 de maio de 2020), a Rel. do REsp 1.177.330 (Mír. ASSUSETE MAGALHÃES) indeferiu pedido semelhante, anotando que “*Os depósitos judiciais para a suspensão de exigibilidade de crédito tributário são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98) e à conta única dos Tesouros Estaduais (art. 3º da Lei Complementar 151/2015). União e Estados, portanto, contam com os valores na gestão de seus fluxos de caixa. Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer o emprego dos valores pelo Poder Público na implantação de políticas sociais e na implementação de medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social.*”

- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000580-68.2020.4.03.6128

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ANTONIO AMARAL VILAS BOAS NETO EIRELI

Advogado do(a) APELADO: MATEUS STEFANI BENITES - SP406940-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO (198) Nº 5000580-68.2020.4.03.6128

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADA: ANTONIO AMARAL VILAS BOAS NETO EIRELI

Advogado do(a): MATEUS STEFANI BENITES - SP406940-A

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática, à qual, deu parcial provimento à remessa necessária e à apelação por ela interposta, para reconhecer, por esta via, o direito da impetrante de se ressarcir dos valores indevidamente pagos, através da compensação ou restituição exercidas unicamente pela via administrativa, bem como para que seja observado o disposto no artigo 26-A, da Lei 11.457/2007.

A agravante requer o sobrestamento do processo até o julgamento definitivo do RE 574.706. Sustenta o entendimento de que a parcela do ICMS a ser excluída da base de cálculo da COFINS e do PIS é aquela atinente ao ICMS a recolher. Ademais, alega a impossibilidade de restituição administrativa.

Instada a se manifestar, a agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO INTERNO (198) Nº 5000580-68.2020.4.03.6128

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADA: ANTONIO AMARAL VILAS BOAS NETO EIRELI

Advogado do(a): MATEUS STEFANI BENITES - SP406940-A

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A questão ora discutida foi objeto de análise nos presentes autos pela decisão recorrida.

Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Registre-se que a diretriz jurisprudencial firmada deve ser observada pelos demais Tribunais, como tem reiteradamente decidido o próprio STF, que, inclusive, tem aplicado a orientação firmada a casos similares. Nesse sentido: ARE 1122640/ES; RE nº 939.742/RS, RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC e RE 1004609.

Ademais, cabe destacar que não há qualquer determinação do STF de suspensão nacional dos processos que versem sobre a matéria.

Quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS, RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC e RE 1004609.

No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

Dessa forma, não merece prosperar o argumento no sentido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS apenas do ICMS efetivamente pago, mantendo na base das exações tanto os créditos de ICMS nas operações anteriores quanto os valores que não forem efetivamente recolhidos ao sujeito ativo do ICMS.

Ademais, em recente decisão proferida pelo ministro Gilmar Mendes, em que cita o julgamento do RE 574.706, assim esclarece: "(...) o Supremo Tribunal Federal afirmou que o montante de ICMS destacados nas notas fiscais não constituem receita ou faturamento, razão pela qual não podem fazer parte da base de cálculo do PIS e da COFINS" (RE 954262, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 20/08/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 22/08/2018 PUBLIC 23/08/2018).

Quanto à restituição administrativa, cabe salientar que uma vez reconhecido o direito à compensação do indébito, e por se tratar de pedido sujeito a procedimento administrativo, fica assegurada à agravada optar pelo pedido administrativo de compensação ou de restituição, como assegura o § 2º do art. 66 da Lei nº 8.383/1991 e artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/1996, e posteriores alterações. Nesse sentido, destaco:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA DE INDÉBITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE.

1. O acórdão recorrido concedeu a segurança para reconhecer a não incidência do IRPF sobre a alienação de determinadas participações societárias, considerando que incide a isenção estabelecida pelo Decreto-lei 1.510/1976, mas indeferiu restituição do tributo pago na venda de ações realizadas em 2004, por entender inadequada a via mandamental para essa finalidade, por incidência da Súmula 269/STF ("o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança"). Deferiu, porém, o pedido subsidiário de compensação. O Recurso Especial versa apenas sobre a pretensão do contribuinte de poder formular pedido administrativo de restituição do indébito reconhecido.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

3. Se a pretensão manifestada na via mandamental fosse a condenação da Fazenda Nacional à restituição de tributo indevidamente pago no passado, viabilizando o posterior recebimento desse valor pela via do precatório, o Mandado de Segurança estaria sendo utilizado como substitutivo da Ação de Cobrança, o que não se admite, conforme entendimento cristalizado na Súmula 269/STF. Todavia, não é o caso dos autos. O contribuinte pediu apenas para que, reconhecida a incidência indevida do IRPF, ele pudesse se dirigir à autoridade da Receita Federal do Brasil e apresentar pedido administrativo de restituição. Essa pretensão encontra amparo no art. 165 do Código Tributário Nacional, art. 66 da Lei 8.383/1991 e art. 74 da Lei 9.430/1996.

4. O art. 66 da Lei 8.383/1991, que trata da compensação na hipótese de pagamento indevido ou a maior, em seu § 2º, faculta ao contribuinte a opção pelo pedido de restituição, tendo o art. 74 da Lei 9.430/1996 deixado claro que o crédito pode ter origem judicial, desde que com trânsito em julgado.

5. "O entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, inclusive já sumulado (Súmula nº 461 do STJ), é no sentido de que 'o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado'. Com efeito, a legislação de regência possibilita a restituição administrativa de valores pagos a maior a título de tributos, conforme se verifica dos art. 66 da Lei nº 8.383/1991 e 74 da Lei nº 9.430/1996" (REsp 1.516.961/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/03/2016).

6. Recurso Especial provido para assegurar o direito de o contribuinte buscar a restituição do indébito na via administrativa, após o trânsito em julgado do processo judicial.

(STJ, REsp 1642350/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 24/04/2017)".

Dessa feita, restou consignado que, uma vez reconhecido o direito à compensação do indébito, o § 2º do art. 66 da Lei nº 8.383/1991 faculta ao contribuinte a opção pelo pedido de restituição, que poderá ser exercido administrativamente, nos termos da lei, a plena fiscalização da autoridade administrativa.

Anote-se que, o mandado de segurança, no entanto, não é via adequada para o pleito de repetição de indébito, pela restituição judicial, porque não é substitutivo de ação de cobrança, conforme a Súmula 269 do STF: "O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança".

As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, consoante fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- No tocante à restituição administrativa, cabe salientar que uma vez reconhecido o direito à compensação do indébito, e por se tratar de pedido sujeito a procedimento administrativo, fica assegurada à agravada optar pelo pedido administrativo de compensação ou de restituição, como assegura o § 2º do art. 66 da Lei nº 8.383/1991 e artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/1996, e posteriores alterações.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002941-77.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: LEANDRO PETRAUSKAS PAIVA

Advogado do(a) APELANTE: ELIANALUCIA FERREIRA - SP115638-A

APELADO: COMISSAO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO MOREIRA DUTRA COSTA - SP207028

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002941-77.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: LEANDRO PETRAUSKAS PAIVA

Advogado do(a) APELANTE: ELIANALUCIA FERREIRA - SP115638-A

APELADO: COMISSAO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO MOREIRA DUTRA COSTA - SP207028

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária, intentada contra a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, na qual se pleiteia a investidura e consequente nomeação, posse e exercício no cargo de técnico I, em decorrência de aprovação em concurso público.

A r. sentença julgou improcedentes os pedidos formulados.

Nas razões de apelação, o autor sustenta ilegalidade, posto que não teria sido dada oportunidade a ele de demonstrar interesse na vaga ofertada dentro do prazo editalício, por culpa exclusiva da autarquia-ré. Sustenta que foi aprovado dentro das vagas previstas e teria direito à nomeação. Requer a procedência do pedido.

Houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002941-77.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: LEANDRO PETRAUSKAS PAIVA

Advogado do(a) APELANTE: ELIANALUCIA FERREIRA - SP115638-A

VOTO

De início, esclareço que o Código de Processo Civil de 1973 será o diploma processual aplicável ao deslinde da controvérsia, pois a r. sentença foi publicada na vigência do código revogado.

O recurso não comporta provimento.

O tema debatido neste recurso foi apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311, submetido à sistemática de Repercussão Geral, em cujo bojo foi firmado o entendimento de que os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação. Eis o teor do precedente:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A Tese ora delimitada. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrenchada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Conseqüentemente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a incoerência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.”

(RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

No caso concreto, o apelante foi aprovado em 3.º lugar no concurso para técnico I, da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, o qual previa somente uma vaga no edital.

Sua indignação reside no fato de o primeiro convocado não ter demonstrado interesse na vaga, circunstância que determinou, nas proximidades do encerramento do prazo de validade do concurso, a convocação do segundo classificado, que também deixou de tomar posse na vaga.

O prazo do concurso expirou, não tendo o terceiro colocado sido convocado.

Todavia, nos termos do precedente do Supremo Tribunal Federal citado, o direito subjetivo à nomeação existiria ocorrendo uma das três hipóteses excepcionais a saber: “i) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração”.

Nenhuma destas três hipóteses ocorreu no caso dos autos: i) o autor foi classificado fora do número de vagas; ii) não houve preterição; iii) o concurso teve seu prazo de validade encerrado, o que impossibilitou a convocação do autor para a vaga pretendida.

O fato de não ter sido preenchida a vaga pelos candidatos classificados em posição anterior, compõe e exercício do cargo público, não gerou direito adquirido à nomeação do apelante.

A r. sentença deve ser mantida.

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. EXPECTATIVA DE DIREITO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

- Trata-se de ação ordinária, intentada contra a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, na qual se pleiteia a investidura e consequente nomeação, posse e exercício no cargo de técnico I, em decorrência de aprovação em concurso público.
- O tema debatido neste recurso foi apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311, submetido à sistemática de Repercussão Geral, em cujo bojo foi firmado o entendimento de que os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação.
- No caso concreto, o apelante foi aprovado em 3.º lugar no concurso para técnico I, da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, o qual previa somente uma vaga no edital.
- O fato de não ter sido preenchida a vaga pelos candidatos classificados em posição anterior, com posse e exercício do cargo público, não gerou direito adquirido à nomeação do apelante.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001921-32.2020.4.03.6128

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: BRASALIMENT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO ESTEVES PEDRAZA - SP231377-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001921-32.2020.4.03.6128

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: BRASALIMENT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO ESTEVES PEDRAZA - SP231377-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por BRASALIMENT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES LTDA., em face da r. sentença que denegou a segurança pleiteada no sentido do reconhecimento do direito da impetrante de excluir o PIS e a COFINS da base de cálculo das próprias contribuições, bem como o direito de compensar ou restituir os valores indevidamente pagos a tal título.

Alega a apelante, em síntese, a necessidade de reforma da r. sentença, ante a ilegalidade e inconstitucionalidade da inclusão do PIS e da COFINS na suas próprias bases de cálculo, por não possuírem natureza jurídica de faturamento ou receita. Afirma que o direito de exclusão ora pleiteado pode ser reconhecido nos mesmos moldes em que reconhecido o direito de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS nos autos do RE nº 574.706/PR.

Comcontrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso de apelação.

É o relatório.

VOTO

Trata da exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

O STJ enfrentou a questão da permissão da incidência de tributo sobre tributo, por ocasião do julgamento do REsp 1.144.469/PR, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ocasião em que se manifestou no sentido da permissão da inclusão do valor de um imposto em sua própria base de cálculo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção prevista no artigo 155, §2º, XI:

RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n.582.461/SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp.n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp.n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel.

Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009.

2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp.n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. N° 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp.N° 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007.

2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp.n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

[...]

(REsp 1144469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Restou assentado no voto que a Constituição Federal de 1988 somente veda taxativamente a inclusão de um tributo na base de cálculo de outro na situação prevista no artigo 155, §2º, XI, ao tratar da vedação da inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou comercialização, configure fato gerador dos dois impostos, de onde se conclui que, em casos diversos, possível a incidência de tributo sobre tributo.

Em caso análogo, o plenário do STF, no julgamento do RE 582461/SP, com repercussão geral reconhecida, reconheceu a constitucionalidade da inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo. Nesse sentido, ARE 897254 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 11-12-2015 PUBLIC 14-12-2015.

Em caso idêntico ao dos autos, esta C. Quarta Turma, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 5006342-87.2018.4.03.0000, reconheceu a legitimidade da inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo, por inexistir julgamento posterior tanto do STF, quanto do STJ, declarando a inconstitucionalidade e afastando a sistemática do "cálculo por dentro" do PIS e da COFINS.

Portanto, por não se tratar de situação idêntica, descabe a aplicação analógica do entendimento firmado no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, devendo-se considerar legítima a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo.

Não configurado o indébito fiscal, não há que se falar em compensação/restituição.

Ante o exposto, nego provimento à apelação de BRASALIMENT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES LTDA., consoante fundamentação.

É o voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo contribuinte contra sentença que, em sede de mandado de segurança, denegou a ordem relativa ao reconhecimento do direito à exclusão dos valores de PIS e de COFINS da base de cálculo das próprias contribuições, bem como de compensar os valores indevidamente pagos a tal título.

A eminente relatora negou provimento ao apelo, porém discordo quanto ao mérito da questão e passo à análise.

Assiste razão à parte impetrante.

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos.

A título de esclarecimento, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em causa. À vista de que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lei n. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência numerários que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalte-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativos a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva deles. Apenas com autorização expressa da Constituição pode-se fazer incidir tributo sobre tributo, seja porque o fato gerador deve ser sempre um evento econômico, seja porque constitui uma excessão cobrar tributo de quem recolhe tributo.

- Do entendimento do Supremo no julgamento do RE n. 582461

Quanto à questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582.461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, uma vez que, ao contrário do que acontece com as contribuições ao PIS e a COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integrar, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

- Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 2020 e, portanto, aplicável o prazo prescricional quinquenal.

- Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à *pessoa jurídica*, a questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, considerado o período quinquenal a ser compensado, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem presente remédio constitucional.

- Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial nº 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o eSocial (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996: (Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2020, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliente que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Amado Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

Ante o exposto, dirijo para dar provimento ao apelo do contribuinte para reformar a sentença a fim de conceder a ordem para reconhecer-lhe o direito à exclusão dos valores de PIS e de COFINS da base de cálculo das próprias contribuições, bem como à compensação do *quantum* recolhido a maior, observado o prazo prescricional e consoante fundamentação anteriormente explicitada.

É como voto.

ANDRÉ NABARRETE - DESEMBARGADOR FEDERAL

E M E N T A

TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO. PIS COFINS. BASE DE CÁLCULO. PIS COFINS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO RE 574.706/PR. AUSÊNCIA DE ANALOGIA. SITUAÇÃO NÃO IDÊNTICA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- O STJ enfrentou a questão, por ocasião do julgamento do REsp 1.144.469/PR, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Mais Filho, tendo se manifestado no sentido da permissão da inclusão do valor de um tributo em sua própria base de cálculo.

- Restou assentado que, à exceção do que previsto no art. 155, §2º, XI, da CF/1988, possível a incidência de tributo sobre tributo.

- Em caso análogo, o plenário do STF, no julgamento do RE 582.461/SP, reconheceu a constitucionalidade da inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo.

- A C. Quarta Turma do TRF3, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 5006342-87.2018.4.03.0000, reconheceu a legitimidade da inclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, ante a ausência de julgamento do STF ou STJ declarando a inconstitucionalidade do "cálculo por dentro".

- O recente entendimento do STF firmado no RE nº 574.706/PR, não se aplica, por analogia, ao presente caso, já que a situação não é idêntica.

- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA, MARLI FERREIRA e JOHONSOM DI SALVO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, que dava provimento ao apelo. Fará declaração de voto o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE. A Des. Fed. MARLI FERREIRA votou na forma do art. 942, § 1.º do CPC. O Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003764-65.2016.4.03.6126

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

APELANTE: NAKA INSTRUMENTAÇÃO INDUSTRIAL EIRELI

Advogado do(a) APELANTE: RENATA MAIA PEREIRA DE LIMA - SP186286-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003764-65.2016.4.03.6126

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

APELANTE: NAKA INSTRUMENTAÇÃO INDUSTRIAL EIRELI

Advogado do(a) APELANTE: RENATA MAIA PEREIRA DE LIMA - SP186286-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por NAKA INSTRUMENTAÇÃO EIRELI em face da r. sentença que julgou improcedentes os seus embargos à execução fiscal.

Alega a apelante, preliminarmente, a necessidade de concessão do benefício da justiça gratuita. No mérito, alega a nulidade das CDAs ante o não preenchimento dos requisitos legais do art. 2º, § 5º da Lei 6.830/80, bem como pela inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei 9.178/1998, e a impossibilidade de incidência da taxa Selic para o cálculo dos juros moratórios.

Apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003764-65.2016.4.03.6126

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

APELANTE: NAKA INSTRUMENTAÇÃO INDUSTRIAL EIRELI

Advogado do(a) APELANTE: RENATA MAIA PEREIRA DE LIMA - SP186286-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, deixo de apreciar o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, haja vista a isenção do recolhimento de custas nos embargos à execução, consoante previsão do art. 7º da Lei 9.289/96.

Dito isto, verifico que os presentes embargos foram opostos à execução fiscal ajuizada para a cobrança de créditos tributários de IRRF, IRPJ, IPI, CSLL, COFINS e PIS, constituídos mediante entrega de declaração pelo contribuinte, consoante CDAs juntadas ao documento id nº 131982840 – pag. 36/143.

Nos termos do artigo 3º, da Lei nº 6.830/1980, a Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, gerando efeitos de prova pré-constituída.

Embora tal presunção não seja absoluta, é certo que gera efeitos até que haja prova inequívoca acerca da respectiva invalidade, recaindo o ônus da demonstração do vício do título executivo sobre o devedor/embarcante.

Neste sentido, cito o seguinte precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CDA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. COMPROVAÇÃO PELO CONTRIBUINTE DA RECUSA DO FISCO EM FORNECER A DOCUMENTAÇÃO QUE SE ENCONTRA EM SEU PODER. REQUISIÇÃO JUDICIAL NOS TERMOS DO ART. 399 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com a orientação consolidada nesta Corte Superior, a dívida ativa regularmente inscrita é dotada de presunção juris tantum de certeza e liquidez, só podendo ser afastada por prova inequívoca, a teor do disposto no art. 3o. da Lei de Execuções Fiscais. Ademais, fica a cargo do Contribuinte ilidir tal presunção, inclusive com a juntada do Processo Administrativo, quando essencial ao deslinde da controvérsia. Precedentes: AgRg no REsp. 1.460.507/SC, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 16.3.2016; AgRg no REsp. 1.565.825/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 10.2.2016.

2. O Tribunal de origem expressamente reconheceu que a parte Executada comprovou que não se encontrava em seu poder a documentação hábil a afastar a presunção de certeza e liquidez da CDA, e que, mesmo após se dirigir à repartição competente, não obteve êxito, porque o Fisco recusou-se a fornecê-la. E a alteração das conclusões a que chegou a Corte de origem, na forma pretendida, demandaria, necessariamente, a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Contudo, tal medida encontra óbice na Súmula 7 do STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

3. Comprovada a excepcionalidade do caso, confere-se ao sujeito passivo da obrigação tributária o direito de postular judicialmente a requisição do Processo Administrativo à repartição pública competente, nos termos do art. 399 do CPC.

4. Agravo Regimental do Estado de Alagoas a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1283570/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 29/09/2016)

A Certidão de Dívida Ativa deve, obrigatoriamente, preencher todos os requisitos constantes dos artigos 202, do CTN e 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80, sob pena de a omissão de qualquer desses requisitos implicar nulidade da inscrição e do processo executivo de cobrança da dívida.

No caso em apreço, a partir da análise das Certidões de Dívida Ativa é possível extrair os dados pertinentes à apuração do débito, com discriminação do sujeito passivo, origem e natureza, data do vencimento e da inscrição, número do procedimento administrativo, forma de constituição e notificação, o valor devido, o termo inicial dos encargos e respectiva legislação reguladora, cumprindo, assim, as exigências legais.

Cabe à apelante desconstituir a presunção de certeza trazendo aos autos elementos que confirmem suas alegações, entretanto, os argumentos aventados pela recorrente são genéricos e não explicitam os fatos relativos à causa de forma clara.

Assim, a apelante não se desincumbiu do ônus de demonstrar a nulidade do título executivo, restando inabalada a presunção de certeza e liquidez das CDAs em comento.

Especificamente no que diz respeito aos créditos de PIS e COFINS, restou acertadamente consignado na r. sentença que não se verifica a aplicação do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998 nas CDAs em questão.

Nada obstante, se a embargante pretendia discutir a inadequação da base de cálculo dos referidos tributos em virtude da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.178/1998, deveria ter trazido aos autos elementos a comprovar a efetiva incidência do referido dispositivo legal na cobrança em análise, bem como a indicar o suposto excesso de execução, o que tampouco foi feito.

De todo modo, eventual inexigibilidade parcial do título executivo, nesse caso, não ensejaria nulidade da execução fiscal, já que bastaria a substituição da certidão de inscrição em dívida ativa, sem a necessidade de novo lançamento, e o prosseguimento da execução fiscal pelo saldo efetivamente devido, uma vez que, para a verificação do quantum devido, seriam necessários meros cálculos aritméticos (Nesse sentido: REsp 1.115.501/SP, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/73, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 30/11/2010).

De outra parte, o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.073.846/SP, apreciado sob o rito do artigo 543-C do CPC/73, fixou ser legítima a aplicação da Taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso (STJ, REsp 1.073.846/SP, apreciado sob o rito do artigo 543-C, do CPC/73, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009).

Desta feita, deve ser mantida a r. sentença.

Ante o exposto, **nego provimento** à apelação, consoante fundamentação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA NÃO AFASTADA. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

- Nos termos do artigo 3º, da Lei nº 6.830/1980, a Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, gerando efeitos de prova pré-constituída.

- No caso em apreço, a partir da análise das Certidões de Dívida Ativa é possível extrair os dados pertinentes à apuração do débito, com discriminação do sujeito passivo, origem e natureza, data do vencimento e da inscrição, número do procedimento administrativo, forma de constituição e notificação, o valor devido, o termo inicial dos encargos e respectiva legislação reguladora, cumprindo, assim, as exigências legais.

- A apelante não se desincumbiu do ônus de demonstrar a nulidade do título executivo, restando inabalada a presunção de certeza e liquidez das CDAs em comento.

- De outra parte, o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.073.846/SP, apreciado sob o rito do artigo 543-C do CPC/73, fixou ser legítima a aplicação da Taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso (STJ, REsp 1.073.846/SP, apreciado sob o rito do artigo 543-C, do CPC/73, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009).

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000826-71.2018.4.03.6116

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CECILIA ALBA DE ALMEIDA SOUTO

Advogado do(a) APELADO: MARIA LUCIA CANDIDO DA SILVA - SP120748-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000826-71.2018.4.03.6116

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

Advogado do(a) APELANTE: THIAGO LIMA RIBEIRO RAIA - SP270370-A

APELADO: CECILIA ALBA DE ALMEIDA SOUTO

Advogado do(a) APELADO: MARIA LUCIA CANDIDO DA SILVA - SP120748-N

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL em face da r. sentença de fls. 76/77 que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução de sentença, com a adoção dos cálculos de liquidação produzidos pela Contadoria Judicial, a qual é superior à defendida pela Fazenda embargante e inferior ao pretendido pela embargada.

A UNIÃO FEDERAL alega, em síntese, não haver qualquer valor a ser restituído à exequente, uma vez que a autoria já obteve a restituição administrativa dos valores a título de IRPF do ano-calendário 2008, exercício 2009, não havendo de se falar tampouco em execução a título de honorários advocatícios.

Ofertidas contrarrazões, os autos vieram a esta corte regional.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000826-71.2018.4.03.6116

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

Advogado do(a) APELANTE: THIAGO LIMA RIBEIRO RAIA - SP270370-A

APELADO: CECILIA ALBA DE ALMEIDA SOUTO

VOTO

A exequente iniciou a execução, juntando aos autos memória de cálculo no valor total de R\$ 1.921,59 (data do cálculo em 02/2007).

A União opôs estes embargos à execução pelos quais impugnou os referidos cálculos, bem assim informou da inexistência de saldo do tributo a ser restituído.

Em razão de tal discrepância, os autos foram remetidos à contadoria, que após proceder aos respectivos cálculos, prestou a seguinte informação:

(...) **INFORMAÇÃO**

“MM. Juiz, (...)”

(...) Em fase recursal, a v. decisão de fls. 214/216v., reformou parcialmente a r. sentença, afastando a incidência do imposto de renda sobre os juros de mora, bem como deixando de condenar a autora no pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas processuais, e ainda, condenando a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

A União Federal manifesta-se às fls. 295/300, dos autos principais, e 06/11 dos presentes embargos, informando a inexistência de crédito a ser restituído a parte autora, ao que, s.m.j. discordamos. Isto porque, o termo inicial do indébito ocorreu em 11/01/2008 (vide fl. 88), entretanto, a restituição de fls. 300 (autos principais) e fl. 11 destes autos, procedeu a atualização do valor restituído a partir de 05/2009, quando o correto seria, s.m.j., considerar como termo inicial a data em que ocorreu o indébito (11/01/2008). Assim sendo, s.j.m., estes cálculos restam prejudicados.

A parte autora apresenta seus cálculos de liquidação às fls. 304/308 dos autos principais, porém, utiliza índices de atualização não identificáveis por esta Contadoria e diferentes dos gerados pelo Sistema de Cálculos da Justiça Federal, considerando-se o mesmo período. Portanto, s.m.j., estes cálculos também restam prejudicados.

Pelo exposto, apresentamos novos cálculos nos termos do julgado, atualizados até a presente data.

É a informação. Submeto à apreciação superior. Assis, 17 de maio de 2016. (...)

73 EMBARGOS À EXECUÇÃO Processo: 1498-72.2015.4.03.6116

1) CECILIA ALBA DE ALMEIDA SOUTO: Princ. Cor/mon: 480,47 + Juros: 165,76 + Honorários Advocatícios: 64,62 = TOTAL DA CONTA: 710,85.

Observações:

a) Cálculos atualizados até 05/2016

b) Correção monetária:

- Valor(es) cor/mon pela variação mensal, a partir de cada parcela, do(s) indexador(es): SELIC DE 04/201 A 05/2016

- Não existe índice deflacionário no período.

c) Juros de mora:

- A partir de cada parcela, pela(s) taxa(s): SELIC de 04/2013 a 05/2016

- Taxa(s) aplicada(s) sobre o valor corrigido monetariamente.

Importa o presente cálculo em R\$ 710,85 (setecentos e dez reais e oitenta e cinco centavos).

Assis – SP, 17 de maio de 2016.(...)” destaquei

Posteriormente, com a concordância da exequente e a discordância da ora apelante União, foi proferida a sentença de fls. 76/77 pela qual, restaram acolhidos os cálculos da Contadoria Judicial e fixado o valor total da execução em R\$ 710,00, sendo R\$ 646,23 a título da parcela devida e R\$ 64,62 referente aos honorários advocatícios.

Realmente, o título executivo deve ser cumprido fielmente a fim de se evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

De fato, os cálculos elaborados pela Contadoria estão em consonância com os parâmetros e especificações estabelecidos no título executivo, com a observância dos estritos limites do título executivo transitado em julgado.

Saliente-se que a Contadoria Judicial é órgão auxiliar isento e equidistante dos interesses das partes litigantes, gozando de presunção de veracidade, de modo que para desconstituir a diferença por ela apurada se faz necessária a apresentação de prova robusta e apta a infirmar a veracidade das conclusões da Contadoria.

Nesse diapasão, em casos análogos ao presente, o C. Superior Tribunal de Justiça e este Tribunal já se manifestaram no sentido de que na ocorrência de divergência entre os cálculos dos litigantes e o do perito judicial, devem ser acolhidos os do perito.

Nesse sentido destaca os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACÓRDÃO QUE, À LUZ DOS FATOS E PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU QUE NÃO HOUVE JULGAMENTO ULTRA PETITA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. REMESSA DOS AUTOS, DE OFÍCIO, À CONTADORIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...) III. Nos termos da orientação do STJ, “pode o juiz, de ofício, independentemente de requerimento das partes, enviar os autos à contadoria judicial e considerá-los como corretos, quando houver dúvida acerca do correto valor da execução” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.446.516/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/09/2014). A propósito: STJ, AgRg no REsp 1.295.850/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 1º/10/2015; AgRg nos EDcl no REsp 1.413.210/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/06/2014; AgRg no AREsp 117.090/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/03/2013.

IV. Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 230.897/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 20/11/2015)

Desta Corte Regional:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÁLCULOS DA CONTADORIA JUDICIAL. ACOLHIMENTO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VERBA HONORÁRIA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. APELO DESPROVIDO.

(...) II - A Contadoria do Foro é órgão de auxílio do Juízo, detentora de fé-pública, equidistante dos interesses das partes e sem qualquer relação na causa, presumindo-se a veracidade de seus cálculos elaborados. Desse modo, havendo divergência nos cálculos de liquidação, devem prevalecer aqueles elaborados pela Contadoria Judicial.

(...) IV - Apelação desprovida. Honorários majorados em 2% (dois por cento), com fundamento nos §§2º e 11 do artigo 85 do Novo Código de Processo Civil.

Com efeito, reitere-se, no caso concreto, não há qualquer irregularidade na sentença de primeiro grau, subsidiada nos cálculos da isenta e competente Contadoria Judicial, razão pela qual o julgado deve ser mantido em todos os seus termos.

Por conta do não provimento de sua apelação, a União resta por condenada ao pagamento de honorários advocatícios recursais fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **nego provimento** apelação, consoante fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CONTAS. DIVERGÊNCIA DE VALORES. CÁLCULOS CONTADORIA JUDICIAL. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. APELAÇÃO DA FAZENDA NÃO PROVIDA.

- A exequente iniciou a execução, juntando aos autos memória de cálculo no valor total de R\$ 1.921,59 (data do cálculo em 02/2007)

- A União opôs estes embargos à execução pelos quais impugnou os referidos cálculos, bem assim informou da inexistência de saldo do tributo a ser restituído.

- Em razão de tal discrepância, os autos foram remetidos à contadoria, que após proceder aos respectivos cálculos, prestou a seguinte informação: (...) *INFORMAÇÃO* "MM. Juiz, (...) (...) Em fase recursal, a v. decisão de fls. 214/216v., reformou parcialmente a r. sentença, afastando a incidência do imposto de renda sobre os juros de mora, bem como deixando de condenar a autora no pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas processuais, e ainda, condenando a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação. A União Federal manifesta-se às fls. 295/300, dos autos principais, e 06/11 dos presentes embargos, informando a inexistência de crédito a ser restituído a parte autora, ao que, s.m.j. discordamos. Isto porque, o termo inicial do indébito ocorreu em 11/01/2008 (vide fl. 88), entretanto, a restituição de fls. 300 (autos principais) e fl. 11 destes autos, procedeu a atualização do valor restituído a partir de 05/2009, quando o correto seria, s.m.j., considerar como termo inicial a data em que ocorreu o indébito (11/01/2008). Assim sendo, s.j.m., estes cálculos restam prejudicados. A parte autora apresenta seus cálculos de liquidação às fls. 304/308 dos autos principais, porém, utiliza índices de atualização não identificáveis por esta Contadoria e diferentes dos gerados pelo Sistema de Cálculos da Justiça Federal, considerando-se o mesmo período. Portanto, s.m.j., estes cálculos também restam prejudicados. Pelo exposto, apresentamos novos cálculos nos termos do julgado, atualizados até a presente data. É a informação. Submeto à apreciação superior: Assis, 17 de maio de 2016. (...) 73 EMBARGOS À EXECUÇÃO Processo: 1498-72.2015.4.03.6116 1) CECILIA ALBA DE ALMEIDA SOUTO: Princ. Cor/mon: 480,47 + Juros : 165,76 + Honorários Advocatícios: 64,62 = TOTAL DA CONTA: 710,85. Observações: a) Cálculos atualizados até 05/2016 b) Correção monetária: - Valor(es) cor/mon pela variação mensal, a partir de cada parcela, do(s) indexador(es): SELIC DE 04/2011 A 05/2016 - Não existe índice deflacionário no período. c) Juros de mora: - A partir de cada parcela, pela(s) taxa(s): SELIC de 04/2013 a 05/2016 - Taxa(s) aplicada(s) sobre o valor corrigido monetariamente. Importa o presente cálculo em R\$ 710,85 (setecentos e dez reais e oitenta e cinco centavos). Assis - SP, 17 de maio de 2016. (...) "

- Com a concordância da exequente e a discordância da ora apelante União, foi proferida a sentença de fls. 76/77 pela qual, restaram acolhidos os cálculos da Contadoria Judicial e fixado o valor total da execução em R\$ 710,00, sendo R\$ 646,23 a título da parcela devida e R\$ 64,62 referente aos honorários advocatícios.

- O título executivo deve ser cumprido fielmente a fim de se evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

- Os cálculos elaborados pela Contadoria estão em consonância com os parâmetros e especificações estabelecidos no título executivo, com a observância dos estritos limites do título executivo transitado em julgado.

- Saliente-se que a Contadoria Judicial é órgão auxiliar isento e equidistante dos interesses das partes litigantes, gozando de presunção de veracidade, de modo que para desconstituir a diferença por ela apurada se faz necessária a apresentação de prova robusta e apta a infirmar a veracidade das conclusões da Contadoria.

- Em casos análogos ao presente, o C. Superior Tribunal de Justiça e este Tribunal já se manifestaram no sentido de que na ocorrência de divergência entre os cálculos dos litigantes e o do perito judicial, devem ser acolhidos os do perito.

- Por conta do não provimento de sua apelação, a União resta por condenada ao pagamento de honorários advocatícios recursais fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do Código de Processo Civil.

- Negado provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002427-51.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CAMBUCI S/A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: GILSON JOSE RASADOR - SP129811-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CAMBUCI S/A

Advogado do(a) APELADO: GILSON JOSE RASADOR - SP129811-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO (1728) Nº 5002427-51.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

AGRAVANTE: CAMBUCI S/A

Advogados do(a): GABRIELA DINIZ RIBEIRO - SP359048-A, SANDRO MARCIO DE SOUZA CRIVELARO - SP239936-A, AMANDA RODRIGUES GUEDES - SP282769-A, FLAVIO MARCOS DINIZ - SP303608-A, WASHINGTON LACERDA GOMES - SP300727-A, JACQUELINE BRUNE DE SOUZA - SP351723-A, LAIS BORGES DE NORONHA - SP360569-A, RASCICKLE SOUSA DE MEDEIROS - SP340301-A, GILSON JOSE RASADOR - SP129811-A

AGRAVADA: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela CAMBUCI S/A em face da decisão monocrática, à qual, deu provimento à remessa necessária e à apelação da União Federal e negou provimento à apelação por ela interposta.

A agravante aduz violação ao princípio da legalidade em razão do aumento de base de cálculo por meio da IN 327/03, assim, sustenta que referida alteração só poderia ser feita por meio de lei em seu sentido estrito, nos termos do inciso I do art. 150 da CF e do art. 97 do CTN. Ademais, alega violação ao inciso I do art. 154 e ao inciso III do art. 156 todos da CF.

Instada a se manifestar, a agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO INTERNO (1728) Nº 5002427-51.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

AGRAVANTE: CAMBUCI S/A

Advogados do(a): GABRIELA DINIZ RIBEIRO - SP359048-A, SANDRO MARCIO DE SOUZA CRIVELARO - SP239936-A, AMANDA RODRIGUES GUEDES - SP282769-A, FLAVIO MARCOS DINIZ - SP303608-A, WASHINGTON LACERDA GOMES - SP300727-A, JACQUELINE BRUNE DE SOUZA - SP351723-A, LAIS BORGES DE NORONHA - SP360569-A, RASCICKLE SOUSA DE MEDEIROS - SP340301-A, GILSON JOSE RASADOR - SP129811-A

AGRAVADA: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A questão ora discutida foi objeto de análise nos presentes autos pela decisão recorrida.

Cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STJ, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

A tese de repercussão geral fixada foi a de que "os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do Imposto de Importação (Tema 1.014 STJ)".

Neste sentido, o entendimento:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. COMPOSIÇÃO DO VALOR ADUANEIRO. INCLUSÃO DAS DESPESAS COM CAPATAZIA. I – O acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio (GATT 1994), no art. VII, estabelece normas para determinação do "valor para fins alfandegários", ou seja, "valor aduaneiro" na nomenclatura do nosso sistema normativo e sobre o qual incide o imposto de importação. Para implementação do referido artigo e, de resto, dos objetivos do acordo GATT 1994, os respectivos membros estabeleceram acordo sobre a implementação do acima referido artigo VII, regulado pelo Decreto n. 2.498/1998, que no art. 17 prevê a inclusão no valor aduaneiro dos gastos relativos a carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação. Esta disposição é reproduzida no parágrafo 2º do art. 8º do AVA (Acordo de Valoração Aduaneira. II – Os serviços de carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação, representam a atividade de capatazia, conforme a previsão da Lei n. 12.815/2013, que, em seu art. 40, definiu essa atividade como de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelho portuário. III – Com o objetivo de regulamentar o valor aduaneiro de mercadoria importada, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF 327/2003, na qual ficou explicitado que a carga, descarga e manuseio das mercadorias importadas no território nacional estão incluídas na determinação do "valor aduaneiro" para o fim da incidência tributária da exação. Posteriormente foi editado o Decreto n. 6.759/2009, regulamentando as atividades aduaneiras, fiscalização, controle e tributação das importações, ocasião em que ratificou a regulamentação exarada pela SRF. IV – Ao interpretar as normas acima citadas, evidencia-se que os serviços de capatazia, conforme a definição acima referida, integram o conceito de valor aduaneiro, tendo em vista que tais atividades são realizadas dentro do porto ou ponto de fronteira alfandegado na entrada do território aduaneiro. Nesse panorama, verifica-se que a Instrução Normativa n. 327/2003 encontra-se nos estreitos limites do acordo internacional já analisado, inócurrendo a alegada inovação no ordenamento jurídico pátrio. V – Tese julgada para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973): Os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do imposto de importação. VI – Recurso provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973)

(RE 1.799.306/STJ – PRIMEIRA SEÇÃO/MIN. FRANCISCO FALCÃO/11/03/2020 - grifei)

Logo, não procedem os argumentos da agravante, tendo em vista que o E. STJ firmou entendimento no sentido de que, não existe ilegalidade na inclusão dos serviços de capatazia na composição do valor aduaneiro e, conseqüentemente, integram a base de cálculo do Imposto de Importação.

Assim, ao interpretar os termos do Acordo de Valoração Aduaneira e a IN nº 327/2003, o STJ concluiu que os serviços de capatazia, integram o conceito de valor aduaneiro, em razão de que tais atividades são realizadas dentro do porto ou ponto de fronteira alfandegado na entrada do território aduaneiro.

Dessa feita, restou consignado que a Instrução Normativa n. 327/2003, encontra-se nos estreitos limites do acordo internacional inexistindo ilegalidade.

Por todo o exposto, não há como acolher a alegação de violação aos 150, inciso I, art. 154, inciso I e 156, inciso III todos da Constituição Federal e art. 97 do CTN, bem como ao entendimento do STF (RE nº 559.937/RS). Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente:

E M E N T A DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES. OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. VALOR ADUANEIRO. DESPESAS DE CAPATAZIA. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 327/2003. VALIDADE. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO. 1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nitido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado. As alegações não envolvem omissão, contradição, obscuridade ou erro material sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em erro in judicando, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido. 2. De fato, não houve qualquer omissão no julgamento, considerado o artigo 4º, §3º, da IN/SRF 327/2003 em face do princípio da legalidade (artigo 150, I, CF), sobre o qual assinou o julgado, expressamente, que o trato normativo do conteúdo da base de cálculo de tributo é matéria preponderantemente legal, sem que do detalhamento específico, à luz da legislação federal e ainda considerado o Acordo de Valoração Aduaneira, possa resultar violação ao texto constitucional, quando genérico este, como no caso do artigo 153, I, preceito que, basicamente, apenas discrimina o imposto de forma genérica para distribuição da competência tributária no plano federativo, sem adentrar em outros aspectos da tributação como a própria base de cálculo, integralmente relegada à previsão legal. 3. Neste sentido, afastando, portanto, a existência de violação de natureza constitucional, constou do acórdão embargado: "No plano constitucional, a ofensa ao princípio da legalidade em matéria tributária (artigo 150, I) não pode ser analisada sem considerar o contexto da legalidade infraconstitucional (artigo 3º e 97, I e II, CTN), pois a garantia, prevista no Texto Fundamental, indica a camada primária de proteção do contribuinte, concretizada, caso a caso, pela atuação conformadora do legislador no plano infraconstitucional. A interpretação da legislação infraconstitucional como meio para fundamentar a tese de inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da legalidade, não logra espaço consistente na jurisprudência, que se atém, no plano maior da constitucionalidade, a averiguar, em regra, apenas o vício de inexistência de fonte formal para amparar a regulação de matéria sujeita à legalidade, e não a existência de vício de incongruência material com o conteúdo da lei editada, cuja apuração dependa ou tenha sido feita com atividade de interpretação de normas legais e infralegais, como ocorrido no caso dos autos.". 3. Sobre o vício de bitributação, em face do artigo 156, III, CF, c/c item 20 e subitens 20.01 e 20.02 da Lista de Serviços a que se refere o artigo 1º da LC 16/2003, tampouco houve omissão, pois destacou o aresto recorrido: "Também a narrativa de bitributação não pode ser acolhida, pois assentada na visão de que os serviços de capatazia, por estarem listados no Anexo da LC 116/2003 como serviços que sofrem incidência do imposto sobre serviços, de competência municipal (item 20.01), não podem ser incorporados na base de cálculo de tributos federais, dentre os quais imposto de importação, imposto sobre produtos industrializados, PIS-Importação e COFINS-Importação. Sucede, porém, que a bitributação refere-se ao exercício da mesma competência tributária, por diferentes entes federais, vício que se constata pela identidade dos elementos constitutivos do tributo, não apenas valores considerados na base de cálculo de uns e na base de cálculo e no fato gerador de outro. Se, substancialmente, distintos os tributos, em conformidades e características, como é o caso dos impostos de importação e sobre produtos industrializados, e contribuições incidentes em operações de importação (PIS/COFINS), em face do imposto sobre serviços, não se pode cogitar, em decorrência do conceito "inclusivo" de "valor aduaneiro" como base de cálculo de tais exações, de exercício pela União de competência tributária afeta aos Municípios. Decidiu a Corte Suprema no RE 429.306, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, acerca da bitributação, envolvendo, tais tipos tributários, ainda que em relação a outro serviço" que: "Por se tratar de tributos diferentes, com hipóteses de incidência específicas (prestação de serviços e importação, entendida como a entrada de bem em território nacional: art. 19 do CTN), a incidência concomitante do II e do ISS não implica bitributação ou de violação de pretensa exclusividade e preferência de cobrança do ISS.". 4. Quanto à alegação de que não houve trânsito em julgado, pois pendentes embargos de declaração opostos com efeito modificativo, cabendo ainda modulação de acordo com os §§ 3º e 4º do artigo 927, do CPC, cuida-se de questão não ventilada nos autos, porém, ainda assim, cabe observar, para evitar que se alegue omissão, que o artigo 1.040 do Código de Processo Civil exige apenas a publicação do acórdão paradigma para a respectiva eficácia e aplicação, além do que não têm os embargos de declaração efeito suspensivo (artigo 1.026, CPC), não se permitindo, portanto, às instâncias ordinárias o descumprimento do julgado proferido pela Corte Superior, ainda que com tais pendências, de sorte que eventual modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência dominante, a teor do artigo 927, § 3º, CPC, autoriza adequação pertinente, sendo o caso, na fase própria de julgamento, e não a suspensão indefinida da solução da controvérsia. 5. Se tal motivação é equivocada ou insuficiente, fere as normas apontadas (artigos 5º, XXXV, XXXVI, LIV e LV; 93, IX, 156, III, 149, § 2º, III, a, CF; 21 da LINDB; 11, 489, §1º, I a IV; 927, §§ 3º e 4º; 932, III, 1.022 e 1.025, CPC; 20, 47, 98, 110 e 165, CTN; LC 116/2003; 40, §1º, I, da Lei 12.815/2013; 7º da Lei 10.865/2004; 2º, II, do Decreto-Lei 37/1966; 190, I, "a", do Decreto 7.212/2010; Decreto 1.355/1994; Decreto 4.543/2002; Decreto 6.759/2009; 73 e 74 da Lei 9.430/1996; e 4º, §3º, da IN/SRF 327/2003) ou contrária julgados ou jurisprudência, deve a embargante veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração. 6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma. 7. Embargos de declaração rejeitados.

(APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA .SIGLA_CLASSE: ApelRemNec 5001312-58.2019.4.03.6104 ..PROCESSO_ANTIGO: ..PROCESSO_ANTIGO_FORMATADO; ..R Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUJTA TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 09/09/2020 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACA ..FONTE_PUBLICACAO3:.)

As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, consoante fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. TEMA 1.014 STJ. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. COMPOSIÇÃO DO VALOR ADUANEIRO. INCLUSÃO DAS DESPESAS COM CAPATAZIA. LEGALIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STJ, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

- A tese de repercussão geral fixada foi a de que "os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do Imposto de Importação (Tema 1.014 STJ)".

- Assim, ao interpretar os termos do Acordo de Valoração Aduaneira e a IN SRF nº 327/2003, o STJ concluiu que os serviços de capatazia, integram o conceito de valor aduaneiro, em razão de que tais atividades são realizadas dentro do porto ou ponto de fronteira alfandegada na entrada do território aduaneiro.

- Dessa feita, restou consignado que a Instrução Normativa n. 327/2003, encontra-se nos estreitos limites do acordo internacional inexistindo ilegalidade.

- Por todo o exposto, não há como acolher a alegação de violação aos 150, inciso I, art. 154, inciso I e 156, inciso III todos da Constituição Federal e art. 97 do CTN, bem como ao entendimento do STF (RE nº 559.937/RS). Precedentes.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0752169-25.1986.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: BANCO CENTRAL DO BRASIL

APELADO: COMABRA INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: ANA MARIA MONTEIRO FORTES - SP18827

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0752169-25.1986.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: BANCO CENTRAL DO BRASIL

APELADO: COMABRA INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: ANA MARIA MONTEIRO FORTES - SP18827

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa oficial do Banco Central do Brasil em face da r. sentença que julgou procedente o pedido e o condenou a devolver em favor da parte - autora, a atualização monetária e os juros atinentes à restituição administrativa indicada nos autos, relativa a IOF, devidamente corrigidos, nos termos do Provimento 64/05 do CJF.

Em suas razões, o apelante aduz, em síntese, que o feito deveria ter sido extinto sem julgamento do mérito ante sua ilegitimidade passiva, vez que a UNIÃO FEDERAL é a verdadeira legitimada para ser responder pela demanda. No mérito, aduz a ocorrência da prescrição, nos termos em que dispõe o art. 169 do CTN.

A União Federal, peticionou afirmando que deixou de apresentar recurso, ao entendimento de que a satisfação total do objeto da presente lide é de responsabilidade do co-Réu, Banco Central, responsável pela restituição do indébito, bem como, em consequência, também pelos seus acréscimos legais.

Com contrarrazões.

É o Relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0752169-25.1986.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: BANCO CENTRAL DO BRASIL

VOTO

Pretende a autora, ora apelada, o pagamento de correção monetária e de juros na restituição de indébito de IOF, cujo principal já foi devolvido administrativamente.

Por primeiro, não há que se falar em carência de ação, ainda que a ação tenha sido nominada de ação de cobrança, em verdade é repetição de indébito de valores indevidamente pagos..

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva, depreende-se do documento de fls. 11/16 que os pedidos de consulta e de restituição administrativa foram dirigidos ao BACEN. E, à época do ajuizamento da ação, o Bacen tinha atribuições de normatização, fiscalização e arrecadação do IOF.

Posteriormente, a Constituição Federal atribuiu à União a competência para a instituição e cobrança de impostos sobre "operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários" (art. 153, V, CF/1988).

Logo, há de ser afastada a preliminar de ilegitimidade arguida.

No tocante à alegação de ocorrência de prescrição, inaplicável as disposições do art. 169 do CTN, que trata de **ação anulatória** na qual o contribuinte se insurge contra anterior decisão administrativa do Fisco relacionada ao alegado indébito (REsp 1219078/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 04/09/2013).

Na hipótese, aplica-se o prazo prescrito pelo art. 168, caput e inciso I, do CTN, ou seja, (cinco) anos, contados da extinção do crédito tributário.

Posto isto, anote-se que, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, havia se consagrado na jurisprudência a tese de que o prazo prescricional de cinco anos para a repetição do indébito somente se iniciaria com a homologação tácita do lançamento cinco anos após o fato gerador, quando se considera definitivamente extinto o crédito tributário pelo pagamento, segundo previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

Como edição da Lei Complementar nº 118 de 2005, o artigo 3º passou a dispor que a extinção do crédito tributário ocorre com o pagamento antecipado do tributo.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 566.621/RS, por maioria formada a partir do voto da Ministra relatora, Ellen Gracie, entendeu que o artigo 3º da Lei Complementar 118/2005 é aplicável às demandas ajuizadas posteriormente ao término do período de sua vacatio legis, ou seja, às demandas ajuizadas a partir de 09.06.2005, independentemente da data do recolhimento do tributo.

A definição do termo inicial de contagem do prazo prescricional leva em conta a data do ajuizamento da ação, pouco importando a data do pagamento, aplicando-se tal entendimento aos requerimentos administrativos formulados até 08/06/2005. Nesse sentido: (REsp 1089356/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 09/08/2012; REsp 963.352/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008)

Assim, para os pedidos administrativos protocolados até 08/06/2005, ainda incide a regra dos "cinco mais cinco" para a restituição de tributo sujeito ao lançamento por homologação (art. 150, § 4º c/c o art. 168, I, do CTN), ou seja, de dez anos a contar do pagamento indevido.

No caso concreto, o autor solicitou o pedido de restituição administrativa em 02 de julho de 1981, fl. 11/16, relativo aos valores recolhidos a título de IOF.

De fato, constata-se que na data do referido pedido de restituição, não havia se operado a prescrição.

E, em consequência, o contribuinte tem direito à restituição dos valores ora questionados.

São devidos os acréscimos de correção monetária e de juros pretendidos, nos termos em que disposto no Provimento nº 64, de 28.04.2005, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região. A partir de janeiro de 1.996, os valores a repetir deverão ser acrescidos apenas da taxa Selic, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/1995 e disposições regulamentares.

Mantida a r. sentença.

Antes do exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação, consoante fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

- Quanto à preliminar de ilegitimidade, depreende-se do documento de fls. 11/16 que os pedidos de consulta e de restituição administrativa dirigidos ao BACEN, bem como à época do ajuizamento da ação, o Bacen tinha atribuições de normatização, fiscalização e arrecadação do IOF.

- No tocante à prescrição, inaplicável as disposições do art. 169 do CTN, que trata de ação anulatória na qual o contribuinte se insurge contra anterior decisão administrativa do Fisco relacionada ao alegado indébito (REsp 1219078/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 04/09/2013) Na hipótese, inaplicável o prazo constante do art. 169 do CTN.

- A definição do termo inicial de contagem do prazo prescricional leva em conta a data do ajuizamento da ação, pouco importando a data do pagamento, aplicando-se tal entendimento aos requerimentos administrativos formulados até 08/06/2005. Precedentes.

- Devidos os acréscimos de correção monetária e de juros pretendidos, nos termos em que disposto no Provimento nº 64, de 28.04.2005, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região. A partir de janeiro de 1.996, os valores a repetir deverão ser acrescidos apenas da taxa Seic, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/1995 e disposições regulamentares.

- Remessa oficial e apelação improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006708-84.2008.4.03.6105

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: SAVON INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JANINE ROCHA TRAZZI - SP315724-A

APELADO: SAVON INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: JANINE ROCHA TRAZZI - SP315724-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006708-84.2008.4.03.6105

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: SAVON INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS ROBERTO DE MELO - SP131910-A

APELADO: SAVON INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: MARCOS ROBERTO DE MELO - SP131910-A

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado para possibilitar o desembaraço aduaneiro de aeronave, reconhecendo a nulidade do ato administrativo que deu ensejo à medida.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido, tão-somente para afastar a retenção da aeronave em discussão, sem prejuízo do prosseguimento do procedimento especial de controle aduaneiro, previsto nos artigos 65 a 69, da Instrução Normativa SRF nº. 206/2002 e, ao final, se for o caso, sua apreensão após a lavratura de auto de infração e proposta de pena de perdimento.

As partes apelaram.

A União sustenta que não houve ilegalidade no ato impugnado, pois há previsão de retenção no art. 65, parágrafo único, da Instrução Normativa n.º 206/2002. Pleiteia a reforma da sentença para que a aeronave permaneça retida até a conclusão do procedimento especial em curso.

A impetrante, por sua vez, requer o reconhecimento da ilegalidade de todo o procedimento administrativo.

Houve apresentação de contrarrazões.

Sentença sujeita a reexame necessário.

O Ministério Público Federal apresentou parecer opinando pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 0006708-84.2008.4.03.6105

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: SAVON INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS ROBERTO DE MELO - SP131910-A

APELADO: SAVON INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: MARCOS ROBERTO DE MELO - SP131910-A

VOTO

De início, esclareço que o Código de Processo Civil de 1973 será o diploma processual aplicável ao deslinde da controvérsia, pois a r. sentença foi publicada na vigência do código revogado.

No caso concreto, houve retenção da aeronave com fundamento nos artigos 65 e 66, inc. V, da Instrução Normativa n.º 206/2002, vigente à época dos fatos, a saber:

“Art. 65. A mercadoria introduzida no País sob fundada suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento ou que impeça seu consumo ou comercialização no País, será submetida aos procedimentos especiais de controle aduaneiro estabelecidos neste título.

Parágrafo único. A mercadoria submetida aos procedimentos especiais a que se refere este artigo ficará retida até a conclusão do correspondente procedimento de fiscalização, independentemente de encontrar-se em despacho aduaneiro de importação ou desembaraçada.

Art. 66. As situações de irregularidade mencionadas no artigo anterior compreendem, entre outras hipóteses, os casos de suspeita quanto:

(...)

V - à ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiro;”

A União, em informações, esclareceu que havia motivação suficiente para a suspeita de interposição fraudulenta de terceiro, pelo histórico da empresa, pertencente ao grupo CBA – Central Brasil de Alimentos, que costumemente estaria operando através de uma série de CNPJ's em nome de diversas pessoas jurídicas e físicas (possivelmente “laranjas”), todos tendo em comum o mesmo endereço na cidade de Jundiaí, além de diversas empresas “offshores” constituídas em “paraísos fiscais”.

Relatou diversas irregularidades apontadas contra empresas do grupo e seus respectivos sócios, que levaram à declaração de inaptidão da empresa CBA e de outras do grupo. Argumentou que havia elementos para que a aeronave permaneça retida até o final do procedimento previsto na então Instrução Normativa n.º 206/2002 e que a fiscalização demandaria estudos e pesquisas e que tais medidas são necessárias para coibir práticas indevidas nas operações de comércio exterior.

Pois bem

O processo administrativo, como típico ato administrativo, goza da presunção de veracidade e legalidade. Por outras palavras, os fatos e os fundamentos jurídicos que suportam a imputação administrativa se revestem e se preservam sob o manto da presunção de licitude.

Caberia, portanto, ao interessado fazer a contraprova inequívoca a fim de ilidir tal presunção. Nesse sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles, na obra *Direito administrativo Brasileiro* (19ª edição, p. 82/83):

“A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.”

Na administração pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer de tudo o que a lei não proíbe, na Administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público ‘deve fazer assim.’”

Entre os princípios básicos da administração pública estão os da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Relegá-los, nas palavras do ilustre Professor Hely Lopes Meirelles “é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais” (obra citada, p.82).

Há que se dar guarida, portanto, ao princípio de legalidade, caracterizado inclusive constitucionalmente (art. 5º, inciso II da Carta Maior em vigor), máxime em quehêra que envolve questão de índole pública, pois segundo este princípio, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei permite.

Posto isto, há que se lembrar que o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito (art. 330, I, do CPC de 1973). Assim, todas as suas alegações devem ser devidamente comprovadas por meios das provas admitidas em direito em geral.

Neste sentido, não restou comprovado nos presentes autos qualquer evidência de ilegalidade ou inconstitucionalidade no procedimento especial de controle aduaneiro instaurado pela impetrada.

A existência de indícios de ocultação do real adquirente da mercadoria importada, a inconsistência da situação econômico-financeira da apelante, a identidade de endereços da empresa-importadora e da sócia, além de outros fatores indicaram a possibilidade de existência de interposição fraudulenta e justificaram a instauração de procedimento especial de controle na forma da IN SRF 206/2002 e Regulamento Aduaneiro.

É pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte no sentido da legitimidade da apreensão e retenção de mercadorias importadas para aplicação de eventual pena de perdimento no caso de interposição fraudulenta de terceiros, não havendo qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTE DE TERCEIRO. DANO AO ERÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. IRREGULARIDADE PUNIDA COM PENALIDADE DE PERDIMENTO. RETENÇÃO DA MERCADORIA. POSSIBILIDADE. 1. Comprovada a instauração do procedimento administrativo fiscal para apuração da interposição fraudulenta de terceiro, cujo resultado possível é a aplicação da pena de perdimento das mercadorias importadas, é legítima a apreensão e retenção destas. Precedentes. 2. Recurso especial a que se nega provimento".

(RESP 20090098206, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:10/03/2010 ..DTPB.)

"APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. NULIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. MULTA. PERDIMENTO DE MERCADORIAS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGALIDADE. ÔNUS DA PROVA. FALSIDADE MATERIAL E FRAUDE. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Cuida a hipótese de ação ordinária proposta visando o reconhecimento de nulidade do processo administrativo nº 15771.725396/2013-71 e da multa nele cominada. Pleiteia a Apelante, ainda, a declaração de seu direito a não ser apontada como sujeito passivo deste expediente administrativo, além da pena de perdimento das mercadorias relativas à declaração de importação nº 13/1842395-5.

- No caso em tela, alega a Apelante inexistir nos autos qualquer prova dos fatos a ela imputados. Sustenta, ademais, que apenas revende as mercadorias fornecidas pela Pattani Importação e Exportação Eireli (Pattani), de forma que não estabelecido nexo causal entre elas. Aduz que não pode ser punida por eventuais infrações praticadas por sua fornecedora e que não há nada nos autos da ação anulatória que vincule duas atividades com as realizadas pela Pattani.

- A Apelada, por seu turno, informou que o fracionamento das atividades de importação da PATTANI e venda no mercado interno (BTC) só foi formalizado para que ambas pudessem aderir ao regime de recolhimento do Imposto de Renda pelo Lucro Presumido, de forma a evitar a tributação pelo Lucro Real. Aduz que entre as empresas há uma única entidade de fato, sendo a BTC a real adquirente das mercadorias importadas. Por fim, sustenta haver evidências de que os valores da operação de importação são inferiores aos praticados no mercado, disso decorrendo a transmissão de informações falsas ao SISCOMEX.

- O processo administrativo, como típico ato administrativo, goza da presunção de veracidade e legalidade. Por outras palavras, os fatos e os fundamentos jurídicos que suportam a imputação administrativa se revestem e se preservam sob o manto da presunção de licitude.

- Caberia, portanto, ao interessado fazer a contraprova inequívoca a fim de ilidir tal presunção. Nesse sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles, na obra Direito administrativo Brasileiro (19ª edição, p. 82/83): "A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na administração pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer de tudo o que a lei não proíbe, na Administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público 'deve fazer assim!'"

- Entre os princípios básicos da administração pública estão os da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Relegá-los, nas palavras do ilustre Professor Hely Lopes Meirelles "é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais" (obra citada, p.82).

- Há que se dar guarida, portanto, ao princípio de legalidade, caracterizado inclusive constitucionalmente (art. 5º, inciso II da Carta Maior em vigor), máxime em querela que envolve questão de índole pública, pois segundo este princípio, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei permite.

- Posto isto, há que se lembrar que o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito (art. 330, I, do CPC de 1973). Assim, todas as suas alegações devem ser devidamente comprovadas por meios das provas admitidas em direito em geral.

- Neste sentido, como bem ressaltado pela r. decisão recorrida, não restou comprovado nos presentes autos qualquer evidência de ilegalidade ou inconstitucionalidade no procedimento especial de controle aduaneiro instaurado pela Apelada, tampouco em seus resultantes Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0817900/09034/13. Ao contrário, a documentação de fls. 56/134 trouxe documentação suficientemente hábil a comprovar a prática de infrações pela Apelante.

- No que diz respeito a mercadorias submetidas à auditoria aduaneira a aplicação de multa ou pena de perdimento dependerá das circunstâncias relativas às irregularidades identificadas, sendo que na ocorrência de falsificação ou adulteração de documento necessário à importação haverá a incidência da pena, ao passo que na hipótese de falsidade meramente ideológica (declaração falsa de valor, natureza ou quantidade da mercadoria importada), é possível a aplicação de multa somente.

- Nesse sentido é a redação dos artigos 105 do Decreto-Lei nº 37/66 e 689, inciso VI, §3º-A, do Decreto nº 6.759/09. Precedentes.

- Entretanto, o procedimento administrativo apurou a ocorrência de falsidade material e fraude na importação relativa a DI n. 13/1842395-5, revelando indícios de responsabilidade solidária entre a Pattani e a BTC. Depreende-se que estas sociedades formam uma única entidade de fato, com endereços vizinhos em estabelecimentos contíguos, sendo o sócio Almir de Oliveira Correia Neto o elo de ligação entre as pessoas jurídicas.

- Verifica-se, outrossim, que BTC e Pattani possuem poucos empregados e que se utilizariam da mão-de-obra pertencente a Betece Decorações e Serviços, cujos sócios também são sócios de sociedades clientes da Pattani. Além disso, o sócio Almir integra a BTC, também já foi sócio da BETECE e o referido sócio integra o quadro de várias sociedades que juntas adquiriram em 2012 sessenta e um por cento dos produtos da Pattani.

- Ademais, o conjunto de considerações tecidas no auto de infração revela estreita ligação entre BTC e Pattani, de forma substancial, e não apenas o mero fornecimento de produtos.

- Recurso não provido."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2185380 - 0025300-84.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial I DATA:16/03/2018)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FRAUDE EM IMPORTAÇÃO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTE DE TERCEIROS. REGULARIDADE DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO ADUANEIRA. PENALIDADE DE PERDIMENTO. LEGALIDADE.

1. A empresa Oneida do Brasil Comércio Importação e Exportação Ltda. registrou em 19.01.2011 junto à inspetoria da Receita Federal em São Paulo a Declaração de Importação nº 11/0114203-2, a qual foi parametrizada no canal verde de conferência aduaneira.

2. Na sua identificação, declarou-se como sendo importadora e adquirente das mercadorias, ou seja, a importação estaria sendo promovida por sua conta e risco. Após a análise da Declaração da Importação, verificou-se a existência de indícios de fraude pela possibilidade de a empresa Oneida estar ocultando a real adquirente das mercadorias.

3. Quando questionada pelo Fisco ficou constatado que a empresa Oneida ocultou a identidade da empresa Roupas Profissionais Munoz Acuna Ltda. na operação de importação realizada, o que caracterizou fraude na Declaração de Importação.

4. Restou comprovada a inconsistência dos dados constantes das declarações prestadas pela apelante junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil, aplicando-se a pena de perdimento às mercadorias, nos termos do artigo 23, §1º do Decreto-Lei nº 1.445/76, e artigo 105, inciso VI, do Decreto-Lei nº 37/66, ambos regulamentado pelo artigo 689, inciso XXII e inciso VI do Decreto nº 6.759/2009

5. É pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte no sentido da aplicabilidade da pena de perdimento no caso de interposição fraudulenta de terceiros, não havendo qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

(...)

9. Apelação da União e remessa oficial providas. Apelo da impetrante desprovido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 341806 - 0004765-42.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 02/08/2017, e-DJF3 Judicial I DATA:25/08/2017)

Por estes fundamentos dou provimento à apelação da União e à remessa oficial e nego provimento à apelação da impetrante.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADUANEIRO. SUSPEITA DE INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTE. IN N.º 206/2002. LEGALIDADE DA RETENÇÃO DE AERONAVE. APELAÇÃO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS. APELAÇÃO DA IMPETRANTE IMPROVIDA.

- A existência de indícios de ocultação do real adquirente da mercadoria importada, a inconsistência da situação econômico-financeira da apelante, a identidade de endereços da empresa-importadora e da sócia, além de outros fatores indicaram a possibilidade de existência de interposição fraudulenta e justificaram a instauração de procedimento especial de controle na forma da IN SRF 206/2002 e Regulamento Aduaneiro.

- É pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte no sentido da legitimidade da apreensão e retenção de mercadorias importadas para aplicação de eventual pena de perdimento no caso de interposição fraudulenta de terceiros, não havendo qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

- Apelação da União e remessa oficial providas. Apelação da impetrante improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à apelação da União e à remessa oficial e negar provimento à apelação da impetrante, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N.º 5003769-41.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: E.RUSSI ACESSORIOS EIRELI, E.RUSSI ACESSORIOS EIRELI

Advogado do(a) APELADO: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

Advogado do(a) APELADO: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N.º 5003769-41.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO//SP

APELADO: E.RUSSI ACESSORIOS EIRELI, E.RUSSI ACESSORIOS EIRELI

Advogado do(a) APELADO: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

Advogado do(a) APELADO: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pela União Federal contra a r. sentença proferida no mandado de segurança, que concedeu a ordem para reconhecer o direito da impetrante em apurar o PIS e a COFINS sem a inclusão do valor do ISS nas suas bases de cálculo, bem como o direito de, após o trânsito em julgado, compensar os valores pagos indevidamente a tal título, corrigidos pela SELIC, observada a prescrição quinquenal e o disposto no artigo 26-A, da Lei 11.457/2007.

A União Federal requer, em preliminar, o sobrestamento do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos no RE nº 574.706/PR, caso providos, ou, se totalmente rejeitados, até a finalização do julgamento do referido extraordinário, ante a possibilidade de modulação dos efeitos do julgado. No mérito, requer a reforma da sentença, de forma que seja reconhecida a legalidade e a constitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Protesta pela observância das regras relativas à compensação.

Com contrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003769-41.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO//SP

APELADO: E.RUSSI ACESSORIOS EIRELI, E.RUSSI ACESSORIOS EIRELI

Advogado do(a) APELADO: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

Advogado do(a) APELADO: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Anote-se, de início, que descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE nº 574.706/PR ou até o trânsito em julgado do referido extraordinário. Cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE 1004609; RE nº 939.742/RS; RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP e RE 1017483/SC.

Pois bem

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não podendo integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Restou então consignado o Tema 069 nos seguintes termos: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado.

Por outro lado, na medida em que a tese fixada pelo STF teve como base o disposto no artigo 195, I, b da CF, aplica-se o julgado também na vigência da Lei nº 12.973/14.

Anote-se que a recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

Nesse sentido, decidiu a E. Segunda Seção, desta Corte:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS / COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS / COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHONSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.')(RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO)(EM 02/05/2017)"

Com relação à comprovação do indébito, consoante entendimento firmado pelo STJ no AgRg no RMS 39.625/MG e AgRg no AREsp 481.981/PE, tratando-se de pedido de compensação, basta a comprovação da condição de contribuinte.

No caso concreto, a impetrante comprovou a condição de contribuinte (Id. 144433868/144433871).

Anote-se que, por ter sido comprovada a condição de contribuinte, outros documentos poderão apresentados, por ocasião da efetiva compensação, cabendo ao Fisco, no momento oportuno, proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a forma de apuração, a dedução de eventuais estornos, a exatidão dos valores, os documentos comprobatórios e o *quantum* a ser repetido.

Configurado o indébito fiscal, passo à análise dos critérios relativos à compensação.

Antes de mais nada, anote-se que a nossa jurisprudência já se consolidou pela possibilidade de utilização do mandado de segurança para declaração do direito de compensação, conforme o enunciado 213 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Depois, ressalto que o regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

O presente mandado de segurança foi impetrado em 10/03/2020, portanto na vigência da LC 104/91 e da Lei 10.637/2002.

Pois bem.

O art. 74 da Lei 9.430/1996 - alterado pela Lei 10.637/2002 - autorizou o sujeito passivo a apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrada pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, e utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

Entretanto, devem ser observados os requisitos do artigo 26-A, da Lei 11.457/2007 (alterada pela Lei 13.670/2018) no que se refere à compensação de débitos relativos às contribuições sociais previdenciárias previstas nos artigos 2º e 3º da mesma lei.

Desnecessário, todavia, o prévio requerimento administrativo.

A compensação, por seu turno, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão proferido neste processo, em face do disposto no art. 170-A do CTN, instituído pela LC 104/2001.

Ressalto que não foi atribuída à decisão efeitos não retroativos ou prospectivos, sendo certo que, tendo o STF concluído que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, a decisão, por sua natureza, possui efeitos retroativos, devendo-se considerar como indevidos todos os pagamentos efetuados a maior com a referida inclusão, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento, admitindo-se como restrição tão-somente a prescrição quinquenal.

A correção do indébito deve ser aquela estabelecida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

Ante o exposto, nego provimento à remessa necessária e à apelação da União Federal, consoante fundamentação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO PIS E COFINS. EXCLUSÃO ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO NÃO PROVIDAS.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 574.706/PR ou até o trânsito em julgado do referido extraordinário. Quanto à modulação dos efeitos do julgado, impossível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. O STF tem aplicado a orientação firmada a casos similares.

- O Plenário STF, no julgamento do RE nº 574.706-PR, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, não podendo integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, e não o ICMS efetivamente pago ou arrecadado.

- Suficiente a comprovação da condição de contribuinte para reconhecimento do direito de compensação através de mandado de segurança.

- Nos termos do art. 74, da Lei 10.637/2002, a compensação poderá ser feita com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, observado o artigo 26-A, da Lei 11.457/2007.

- Desnecessário o prévio requerimento administrativo.

- A correção do indébito deve ser aquela estabelecida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aplicando-se a taxa SELIC, inclusive no que toca os juros moratórios.

- Remessa necessária e apelação não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa necessária e à apelação da União Federal, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votamos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033983-79.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/12/2020 666/837

AGRAVANTE: REBECA VITORETTI PARMIGIANI

Advogados do(a) AGRAVANTE: BEATRIZ DE LIMA ROJAS RODRIGUES - SP436758, ANELISE BORGUEZI DIOGO - SP439581, BEATRIZ VENDRAMINI RAUSSE - SP444392

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos em plantão judiciário.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Rebeca Vitoretti Parmigiani em face de decisão que, em ação ordinária, indeferiu a liminar em que requer seja tomado sem efeito o ato administrativo que excluiu a autora do concurso público para concorrer à vaga no Curso de Formação de Oficiais Aviadores.

Aduz a agravante, em síntese, que não questiona a imposição de limite de idade no concurso do qual participa, em abstrato, mas aponta que a limitação de idade a ser estipulada deve ser coerente com o exercício da função a ser desempenhada e com os outros dispositivos constitucionais, como os princípios da razoabilidade e igualdade/isonomia, o que não ocorreu no caso em concreto. Pede a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É o relatório. Decido.

Nos termos do disposto no artigo 71, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, bem como da Portaria n. 88/17 e da Portaria Pres. n. 2.071/2020 da Presidência desta Corte, serão apreciados durante o plantão somente os feitos urgentes, desde que demonstrada a possibilidade de ocorrer o perecimento do direito no período.

No caso em exame, em que pese o alegado *periculum in mora*, não houve demonstração da probabilidade de perecimento de direito.

O próprio recorrente narra, em seu recurso, que as próximas etapas do certame estavam previstas para se iniciarem entre 07 e 14 de dezembro de 2020, o que já ocorreu, e em fevereiro de 2021, inexistindo hipótese de perecimento a ser resguardada em sede de plantão de recesso.

Não é demais destacar, ainda, que o indeferimento do pedido de concessão de tutela antecipada ocorreu no dia 10 de dezembro de 2020, com disponibilização no DJe em 15/12/2020, de modo que também por tal motivo não se justifica a análise do pedido de antecipação da tutela recursal em sede de plantão judiciário.

Nesse sentido, não cabe a esta Relatora substituir-se ao Juízo Natural, mas apenas adotar, uma vez constatada a plausibilidade jurídica, medidas que resguardem direitos e evitem o seu perecimento, até que possa o juiz natural apreciá-las como devido.

Desse modo, na hipótese, incabível a apreciação excepcional no período de plantão.

O presente recurso deverá ser encaminhado à Relatoria designada, resguardando-se sua competência para o exame do pedido e para a adoção das providências pertinentes ao processamento deste recurso.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023085-07.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: LUCAS FERNANDO ROSSI

Advogados do(a) AGRAVANTE: JOEL DE MATOS PEREIRA - SP256729, PATRICIA APARECIDA HAYASHI - SP145442-A, FERNANDA MASSAD DE AGUIAR FABRETTI - SP261232

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023085-07.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: LUCAS FERNANDO ROSSI

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDA MASSAD DE AGUIAR FABRETTI - SP261232

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LUCAS FERNANDO ROSSI contra a decisão que, em sede de ação civil pública (autos nº 5003395-59.2019.4.03.6100), deferiu a liminar requerida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para decretar a indisponibilidade de bens do agravante.

O agravante sustenta, em síntese, a ausência de fundamentação da decisão agravada e de indícios mínimos dos atos de improbidade mencionados pelo agravado. Afirma ser necessária a realização de prova pericial.

Foi indeferido o efeito suspensivo pleiteado.

Comcontrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023085-07.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: LUCAS FERNANDO ROSSI

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDA MASSAD DE AGUIAR FABRETTI - SP261232

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

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

Todavia, o recurso não merece provimento.

Com efeito, ressalto que a indisponibilidade de bens é medida prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e, de fato, prescinde da comprovação do risco de dano (*periculum in mora*), que se presume, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, desde que evidenciada a relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*).

A propósito:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA JULGADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO/STJ. RESP 1.319.515/ES. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO ACERCA DO FUMUS BONI IURIS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, de acordo com o disposto no art. 7º da Lei 8.429/1992, a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição. Precedente: REsp 1319515/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012.

2. Consta-se que o fumus boni iuris não foi analisado pela Corte de origem, uma vez que decidiu-se apenas quanto à ausência do periculum in mora no caso. Assim, é necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja analisada a presença ou não do fumus boni iuris para a decretação da indisponibilidade dos bens.

3. Agravo regimental não provido."

(AGARESP 238155, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 05/12/2012)

Com relação aos atos praticados pelo agravante, saliento que os sujeitos ativos (os responsáveis pelas condutas lesivas à Administração Pública) são os agentes públicos ou terceiros. O art. 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, define o agente público como sendo todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas da Administração Direta e Indireta. Da mesma forma, a Lei nº 8.429/92 teve o cuidado de apresentar, em seu art. 3º, a definição dos terceiros que estão sujeitos às suas disposições, ou seja, todos aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

Destaco, ainda, que os atos de improbidade, que acarretam enriquecimento ilícito, previstos no art. 9º, da Lei 8.429/92, referem-se à obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei de improbidade administrativa. Os atos que causam prejuízo ao erário, consagrados no art. 10 da Lei 8.429/92, relacionam-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa, que acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública e demais entidades mencionadas no art. 1º, da lei de improbidade administrativa. Constitui ato de improbidade administrativa, ainda, a conduta, comissiva ou omissiva, que contraria princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, na forma do art. 11, da Lei 8.429/92.

Na hipótese dos autos, foi proposta ação civil pública por atos de improbidade administrativa em face de FABIO DE CAMPOS QUAGGIO e LUCAS FERNANDO ROSSI, objetivando, em caráter de tutela antecipada, provimento jurisdicional que determine a indisponibilidade dos bens móveis e imóveis em nome dos réus, na quantia de R\$ 2.245.051,50 (dois milhões, duzentos e quarenta e cinco mil, cinquenta e um reais e cinquenta centavos), com a finalidade de garantir o ressarcimento integral do dano causado ao Erário, somado à perda dos valores acrescidos ilícitamente ao patrimônio dos réus, nos termos do artigo 12, III da Lei 8.429/92, a Lei de improbidade administrativa, (LIA).

Entendo que há indícios bastantes da existência do ato de improbidade, revelando-se, no atual estágio processual, frágeis os argumentos espostos pelo agravante no sentido de que não fez parte da improbidade alegadamente praticada.

Neste sentido, pelas informações trazidas pelo Ministério Público Federal, ratificadas pela decisão agravada, "*alega o MPF, em síntese, que a acusação dirigida contra Lucas Fernando Rossi decorre da atuação dos réus, na condição de gerente de atendimento de pessoa jurídica da Caixa Econômica Federal (CEF) (Agência n. 3056), entre maio/2016 a maio/2017, enriqueceu-se indevidamente, causando danos ao erário e violando os princípios que regem a Administração Pública, em virtude de sua conduta em abrir ilegalmente contas correntes em nome de pessoas jurídicas, sem o consentimento de seus sócios, com o objetivo de contratar empréstimos e movimentar ilegalmente os recursos nelas creditados. Assim, auferiu vantagem econômica para si, como também para pessoas a si vinculadas, à revelia dos clientes e, em franco prejuízo à CEF.*

Por sua vez, sustenta que já a acusação dirigida contra Fabio de Campos Quaggio foi formalizada no sentido de que na condição ex-empregado da CEF, concorreu para os atos acima descritos, autorizando Lucas Rossi (pessoa muito próxima de si e locatária de um imóvel residencial seu) a utilizar irregularmente contas-correntes abertas em seu nome e em nome da sociedade empresária F DE C Quaggio Materiais para Construção – ME., a qual era representante, fornecendo-lhe senhas e monitorando a entrada e saques dos valores que, ao final, acabaram na conta pessoal do ex-empregado Lucas Rossi.

Aduz que as condutas ímprobas foram apuradas no âmbito do Processo Disciplinar e Civil – PDC nº SP3056.2017.C000118, que iniciou investigação baseada em indícios de irregularidades detectados em transferências de recursos oriundos de contas-correntes empresariais da Agência Rua Direita/SP para a conta corrente nº 1231.001.333-0, de titularidade de Lucas Rossi, sendo posteriormente instaurado o Inquérito Civil nº 1.34.001.007807/2017-86 e o Inquérito Policial N. 2090/2017-1 (3000.2017.003561-4).

(...)

Assim, da apreciação de todos os elementos dos autos, afigura-se plausível e suficiente fazer recair a indisponibilidade sobre os bens imóveis dos réus, de modo a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário. Assegurando-se, evidentemente, a observância dos comandos do artigo 833, incisos IV e X, do CPC, que dispõem sobre a impenhorabilidade".

Anoto-se que é a instrução processual que irá confirmar ou afastar as circunstâncias imputadas. Aliás, a indicação robusta de tais elementos demanda profunda incursão no material produzido nos autos. Porém, em juízo perfunctório, afigura-se demonstrada a relevância da fundamentação relativamente ao pedido de indisponibilidade dos bens.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso, consoante fundamentação.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO INVOCADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso. Todavia, o recurso não merece provimento.

- Com efeito, ressalto que a indisponibilidade de bens é medida prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e, de fato, prescinde da comprovação do risco de dano (*periculum in mora*), que se presume, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, desde que evidenciada a relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*).

- Com relação aos atos praticados pelo agravante, saliento que os sujeitos ativos (os responsáveis pelas condutas lesivas à Administração Pública) são os agentes públicos ou terceiros. O art. 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, define o agente público como sendo todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas da Administração Direta e Indireta. Da mesma forma, a Lei nº 8.429/92 teve o cuidado de apresentar, em seu art. 3º, a definição dos terceiros que estão sujeitos às suas disposições, ou seja, todos aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

- Destaco, ainda, que os atos de improbidade, que acarretam enriquecimento ilícito, previstos nos art. 9º, da Lei 8.429/92, referem-se à obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei de improbidade administrativa. Os atos que causam prejuízo ao erário, consagrados no art. 10 da Lei 8.429/92, relacionam-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa, que acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública e demais entidades mencionadas no art. 1º, da lei de improbidade administrativa. Constitui ato de improbidade administrativa, ainda, a conduta, comissiva ou omissiva, que contraria princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, na forma do art. 11, da Lei 8.429/92.

- Na hipótese dos autos, foi proposta ação civil pública por atos de improbidade administrativa em face de FABIO DE CAMPOS QUAGGIO e LUCAS FERNANDO ROSSI, objetivando, em caráter de tutela antecipada, provimento jurisdicional que determine a indisponibilidade dos bens móveis e imóveis em nome dos réus, na quantia de R\$ 2.245.051,50 (dois milhões, duzentos e quarenta e cinco mil, cinquenta e um reais e cinquenta centavos), com a finalidade de garantir o ressarcimento integral do dano causado ao Erário, somado à perda dos valores acrescidos ilícitamente ao patrimônio dos réus, nos termos do artigo 12, III da Lei 8.429/92, a Lei de improbidade administrativa, (LIA).

- Existência de indícios do alegado ato de improbidade, revelando-se, no atual estágio processual, frágeis os argumentos espostos pelo agravante no sentido de que não fez parte da improbidade alegadamente praticada.

- Anote-se que é a instrução processual que irá confirmar ou afastar as circunstâncias imputadas. Aliás, a indicação robusta de tais elementos demanda profunda incursão no material produzido nos autos. Porém, em juízo perfunctório, afigura-se demonstrada a relevância da fundamentação relativamente ao pedido de indisponibilidade dos bens.

- Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5023988-42.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

AGRAVADO: FECLARIA FAZENDA ESPERANCA LTDA - ME

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/12/2020 669/837

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023988-42.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

AGRAVADO: FECULARIA FAZENDA ESPERANCA LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO, em face da r. decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu o pedido de redirecionamento da execução ao sócio da executada, vez que não caracterizada a dissolução irregular da empresa.

Alega o agravante que, ainda que o distrato social tenha sido apresentado à Junta Comercial, não há que se confundir a legalidade de tal ato com a regularidade da situação da sociedade perante seus credores, e conseqüente isenção de responsabilidade dos sócios.

Deferido parcialmente o pedido de antecipação da tutela recursal.

Sem contrarrazões, vez que não instaurada a relação jurídico-processual.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023988-42.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

AGRAVADO: FECULARIA FAZENDA ESPERANCA LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Assente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que o art. 135 do Código Tributário Nacional não se aplica aos créditos de natureza não tributária.

A responsabilização dos sócios sem indicação de dolo especial, ou seja, sem a devida especificação acerca da conduta ilegalmente praticada, significaria atribuir-lhes responsabilidade objetiva.

Por outro lado, quando se trata de dívida de natureza não tributária, é possível o redirecionamento do executivo fiscal, observadas as disposições do artigo 50 do Código Civil.

São duas as hipóteses postas no dispositivo, estendendo-se a responsabilidade tributária aos bens particulares dos administradores ou sócios: desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Portanto, mesmo nos casos de execução de dívidas não-tributárias, os sócios podem ser responsabilizados em razão da prática de atos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, incluindo-se no primeiro grupo a dissolução irregular da sociedade, vez que nesta as finalidades da atividade empresarial deixam de ser atendidas e o patrimônio social é incorporado sem a participação dos credores.

Assim, mister se faz examinar caso a caso a intercorrência de poderes de gestão do sócio a quem se pretende redirecionar a execução sob pena de lhe imputar responsabilidade objetiva não autorizada por lei, pelo simples fato de integrar o quadro societário. Nesse sentido, é de perquirir se o sócio possuía poderes de gestão, tanto no momento do surgimento do fato gerador, quanto na data da dissolução irregular. Isso porque, se o fato que marca a responsabilidade por presunção é a dissolução irregular não se afigura correto imputá-la a quem não deu causa.

Por fim, observa-se que consoante Súmula nº 435, do E. Superior Tribunal de Justiça: "*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*".

Neste sentido, disciplina o art. 1103, inciso IV, do Código Civil que constituem deveres do liquidante "*(...) ultimar os negócios da sociedade, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os sócios ou acionistas*".

Ademais, é responsabilidade do sócio que consta na Ficha Cadastral da JUCESP como último administrador da empresa, comunicar o encerramento desta ou atualizar a referida ficha. Na hipótese de ele não realizar tais atos, é cabível o redirecionamento da execução.

Na hipótese dos autos, a empresa executada não foi localizada, conforme certidão do Oficial de Justiça (ID nº 25945228-pág. 15 dos autos principais).

Outrossim, considerando a consulta ao sistema da JUCESP, comprovando a ocorrência de distrato social, ocorrida em 19/10/2016, o pedido de redirecionamento foi indeferido (ID nº 29069922-págs. 02/03 dos autos principais).

O C. STJ tem decidido reiteradamente que o distrato social é mera etapa do processo de dissolução da pessoa jurídica, não caracterizando, portanto, encerramento regular.

Desse modo, verifico que não se constata a dissolução regular da sociedade, ante a ausência de liquidação e partilha dos bens sociais.

No caso, o juízo *a quo* deixou de analisar a questão do redirecionamento da execução ao sócio, por entender não estar caracterizada a dissolução irregular da empresa. Tal entendimento, como ora esposado, não deve prevalecer.

No entanto, considerando que a decisão recorrida deixou de adentrar ao mérito da questão do redirecionamento, sua análise, como requerido pela recorrente, não pode ser feita em sede de recurso, sob pena de supressão de instância, o que não se admite.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao agravo de instrumento**, determinando-se que o MM. Juízo *a quo* analise os demais requisitos para o redirecionamento da execução em face do sócio da empresa executada, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. DISTRATO SOCIAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Com efeito, é assente o entendimento de que o art. 135 do Código Tributário Nacional não se aplica aos créditos de natureza não tributária.

- A responsabilização dos sócios sem indicação de dolo especial, ou seja, sem a devida especificação acerca da conduta ilegalmente praticada, significaria atribuir-lhes responsabilidade objetiva.

- Por outro lado, quando se trata de dívida de natureza não tributária, é possível o redirecionamento do executivo fiscal, observadas as disposições do artigo 50 do Novo Código Civil, que assim prevê: "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

- São duas as hipóteses postas no dispositivo a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, estendendo-se a responsabilidade tributária aos bens particulares dos administradores ou sócios: desvio de finalidade e confusão patrimonial.

- Portanto, mesmo nos casos de execução de dívidas não-tributárias, os sócios podem ser responsabilizados em razão da prática de atos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, incluindo-se no primeiro grupo a dissolução irregular da sociedade, vez que nesta as finalidades da atividade empresarial deixam de ser atendidas e o patrimônio social é incorporado sem a participação dos credores.

- Por fim, observo que consoante Súmula nº 435, do E. Superior Tribunal de Justiça: "*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*".

- Neste sentido, disciplina o art. 1103, inciso IV, do Código Civil que constituem deveres do liquidante "...ultimar os negócios da sociedade, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os sócios ou acionistas...".

- Ademais, é responsabilidade do sócio que consta na Ficha Cadastral da JUCESP como último administrador da empresa, comunicar o encerramento desta ou atualizar a referida ficha. Na hipótese de ele não realizar tais atos, é cabível o redirecionamento da execução.

- Na hipótese dos autos, a empresa executada não foi localizada, conforme certidão do Oficial de Justiça (ID nº 25945228-pág. 15 dos autos principais).

- Outrossim, considerando a consulta ao sistema da JUCESP, comprovando a ocorrência de distrato social, ocorrida em 19/10/2016, o pedido de redirecionamento foi indeferido (ID nº 29069922-págs. 02/03 dos autos principais).

- O C. STJ tem decidido reiteradamente que o distrato social é mera etapa do processo de dissolução da pessoa jurídica, não caracterizando, portanto, encerramento regular.
- Desse modo, verifico que não se constata a dissolução regular da sociedade, ante a ausência de liquidação e partilha dos bens sociais.
- No caso, o juízo *a quo* deixou de analisar a questão do redirecionamento da execução à sócia, por entender não estar caracterizada a dissolução irregular da empresa. Tal entendimento, como ora esposado, não deve prevalecer.
- No entanto, considerando que a decisão recorrida deixou de adentrar ao mérito da questão do redirecionamento, sua análise, como requerido pela recorrente, não pode ser feita em sede de recurso, sob pena de supressão de instância, o que não se admite.
- Recurso parcialmente provido, determinando-se que o MM. Juízo a quo analise os demais requisitos para o redirecionamento da execução em face da sócia da empresa executada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003716-58.2019.4.03.6112

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPERMERCADOS LISBOA LTDA

Advogado do(a) APELADO: CECILIO ESTEVES JERONIMO - SP97846-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO (1728) Nº 5003716-58.2019.4.03.6112

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADA: SUPERMERCADOS LISBOA LTDA

Advogado do(a): CECILIO ESTEVES JERONIMO - SP97846-A

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática, à qual, deu parcial provimento à apelação por ela interposta, para que seja observado o disposto no artigo 26-A, da Lei 11.457/2007.

A agravante requer o sobrestamento do processo até o julgamento definitivo do RE 574.706. Ademais, sustenta o entendimento de que a parcela do ICMS a ser excluída da base de cálculo da COFINS e do PIS é aquela atinente ao ICMS a recolher.

Instada a se manifestar, a agravada não apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO INTERNO (1728) Nº 5003716-58.2019.4.03.6112

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADA: SUPERMERCADOS LISBOA LTDA

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A questão ora discutida foi objeto de análise nos presentes autos pela decisão recorrida.

Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Registre-se que a diretriz jurisprudencial firmada deve ser observada pelos demais Tribunais, como tem reiteradamente decidido o próprio STF, que, inclusive, tem aplicado a orientação firmada a casos similares. Nesse sentido: ARE 1122640/ES; RE nº 939.742/RS, RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC e RE 1004609.

Ademais, cabe destacar que não há qualquer determinação do STF de suspensão nacional dos processos que versem sobre a matéria.

Quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS, RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC e RE 1004609.

No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

Dessa forma, não merece prosperar o argumento no sentido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS apenas do ICMS efetivamente pago, mantendo na base das exações tanto os créditos de ICMS nas operações anteriores quanto os valores que não forem efetivamente recolhidos ao sujeito ativo do ICMS.

Ademais, em recente decisão proferida pelo ministro Gilmar Mendes, em que cita o julgamento do RE 574.706, assim esclarece: "(...) o Supremo Tribunal Federal afirmou que o montante de ICMS destacados nas notas fiscais não constituem receita ou faturamento, razão pela qual não podem fazer parte da base de cálculo do PIS e da COFINS" (RE 954262, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 20/08/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 22/08/2018 PUBLIC 23/08/2018).

Por derradeiro, a tese de repercussão geral fixada foi a de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS", cabe reafirmar que deve prevalecer o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, inexistente justificativa à inclusão do ICMS na base de cálculo das exações.

As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, consoante fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora),

com quem votamos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007905-81.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LENDICO SERVICOS DE ADMINISTRACAO E CORRESPONDENTE BANCARIO S.A.

Advogados do(a) APELADO: MARCELA VERGNA BARCELLOS SILVEIRA - SP148271-A, LUIZ CARLOS JUNQUEIRA FRANCO FILHO - SP153255-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007905-81.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LENDICO SERVICOS DE ADMINISTRACAO E CORRESPONDENTE BANCARIO S.A.

Advogados do(a) APELADO: MARCELA VERGNA BARCELLOS SILVEIRA - SP148271-A, LUIZ CARLOS JUNQUEIRA FRANCO FILHO - SP153255-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pela União Federal contra a r. sentença proferida no mandado de segurança, que concedeu a ordem para reconhecer o direito da impetrante em apurar o PIS e a COFINS sem a inclusão do valor do ISS nas suas bases de cálculo, bem como o direito de, após o trânsito em julgado, compensar ou restituir administrativamente os valores pagos indevidamente a tal título, corrigidos pela SELIC, observada a prescrição quinquenal e o disposto na Lei 11.457/2007.

A União Federal requer, em preliminar, o sobrestamento do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos no RE nº 574.706/PR, caso providos, ou, se totalmente rejeitados, até a finalização do julgamento do referido extraordinário, ante a possibilidade de modulação dos efeitos do julgado. No mérito, requer a reforma da sentença, de forma que seja reconhecida a legalidade e a constitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Assevera a impossibilidade de restituição na via do mandado de segurança. Protesta pela observância das regras relativas à compensação.

Com contrarrazões.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007905-81.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LENDICO SERVICOS DE ADMINISTRACAO E CORRESPONDENTE BANCARIO S.A.

Advogados do(a) APELADO: MARCELA VERGNA BARCELLOS SILVEIRA - SP148271-A, LUIZ CARLOS JUNQUEIRA FRANCO FILHO - SP153255-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Anote-se, de início, que descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE nº 574.706/PR ou até o trânsito em julgado do referido extraordinário. Cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE 1004609; RE nº 939.742/RS; RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP e RE 1017483/SC.

Pois bem.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não podendo integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Restou então consignado o Tema 069 nos seguintes termos: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado.

Por outro lado, na medida em que a tese fixada pelo STF teve como base o disposto no artigo 195, I, b da CF, aplica-se o julgado também na vigência da Lei nº 12.973/14.

Anote-se que a recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

Nesse sentido, decidiu a E. Segunda Seção, desta Corte:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS / COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS / COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHONSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

Com relação à comprovação do indébito, consoante entendimento firmado pelo STJ no AgRg no RMS 39.625/MG e AgRg no AREsp 481.981/PE, tratando-se de pedido de compensação, basta a comprovação da condição de contribuinte.

No caso concreto, a impetrante comprovou a condição de contribuinte (Id. 143014683; 143014685; 143014687/143014694).

Anote-se que, por ter sido comprovada a condição de contribuinte, outros documentos poderão apresentados, por ocasião da efetiva compensação, cabendo ao Fisco, no momento oportuno, proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a forma de apuração, a dedução de eventuais estornos, a exatidão dos valores, os documentos comprobatórios e o quantum a ser repetido.

Configurado o indébito fiscal, passo à análise dos critérios relativos à compensação/restituição.

Antes de mais nada, anote-se que a nossa jurisprudência já se consolidou pela possibilidade de utilização do mandado de segurança para declaração do direito de compensação, conforme o enunciado 213 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

O mandado de segurança, no entanto, não é via adequada para o pleito de repetição de indébito, pela restituição judicial, porque não é substitutivo de ação de cobrança, conforme a Súmula 269 do STF: "O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança."

Cabe salientar que uma vez reconhecido o direito à compensação do indébito, e por se tratar de pedido sujeito a procedimento administrativo, fica assegurado ao Impetrante optar pelo pedido administrativo de compensação ou de restituição, como assegura o § 2º do art. 66 da Lei nº 8.383/1991 e artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/1996, e posteriores alterações. Nesse sentido, destaco:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA DE INDÉBITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE.

1. O acórdão recorrido concedeu a segurança para reconhecer a não incidência do IRPF sobre a alienação de determinadas participações societárias, considerando que incide a isenção estabelecida pelo Decreto-lei 1.510/1976, mas indeferiu restituição do tributo pago na venda de ações realizadas em 2004, por entender inadequada a via mandamental para essa finalidade, por incidência da Súmula 269/STF ("o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança"). Deferiu, porém, o pedido subsidiário de compensação. O Recurso Especial versa apenas sobre a pretensão do contribuinte de poder formular pedido administrativo de restituição do indébito reconhecido.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

3. Se a pretensão manifestada na via mandamental fosse a condenação da Fazenda Nacional à restituição de tributo indevidamente pago no passado, viabilizando o posterior recebimento desse valor pela via do precatório, o Mandado de Segurança estaria sendo usado como substitutivo da Ação de Cobrança, o que não se admite, conforme entendimento cristalizado na Súmula 269/STF. Todavia, não é o caso dos autos. O contribuinte pediu apenas para que, reconhecida a incidência indevida do IRPF, ele pudesse se dirigir à autoridade da Receita Federal do Brasil e apresentar pedido administrativo de restituição. Essa pretensão encontra amparo no art. 165 do Código Tributário Nacional, art. 66 da Lei 8.383/1991 e art. 74 da Lei 9.430/1996.

4. O art. 66 da Lei 8.383/1991, que trata da compensação na hipótese de pagamento indevido ou a maior, em seu § 2º, faculta ao contribuinte a opção pelo pedido de restituição, tendo o art. 74 da Lei 9.430/1996 deixado claro que o crédito pode ter origem judicial, desde que com trânsito em julgado.

5. "O entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, inclusive já sumulado (Súmula nº 461 do STJ), é no sentido de que 'o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado'. Com efeito, a legislação de regência possibilita a restituição administrativa de valores pagos a maior a título de tributos, conforme se verifica dos arts. 66 da Lei nº 8.383/1991 e 74 da Lei nº 9.430/1996" (REsp 1.516.961/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/03/2016).

6. Recurso Especial provido para assegurar o direito de o contribuinte buscar a restituição do indébito na via administrativa, após o trânsito em julgado do processo judicial.

(STJ, REsp 1642350/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 24/04/2017).

Depois, ressalto que o regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

O presente mandado de segurança foi impetrado em 04/05/2020, portanto na vigência da LC 104/91 e da Lei 10.637/2002.

Pois bem

O art. 74 da Lei 9.430/1996 - alterado pela Lei 10.637/2002 - autorizou o sujeito passivo a apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrada pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, e utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

Entretanto, devem ser observados os requisitos do artigo 26-A, da Lei 11.457/2007 (alterada pela Lei 13.670/2018) no que se refere à compensação de débitos relativos às contribuições sociais previdenciárias previstas nos artigos 2º e 3º da mesma lei.

Desnecessário, todavia, o prévio requerimento administrativo.

A compensação, por seu turno, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão proferido neste processo, em face do disposto no art. 170-A do CTN, instituído pela LC 104/2001.

Ressalto que não foi atribuída à decisão efeitos não retroativos ou prospectivos, sendo certo que, tendo o STF concluído que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, a decisão, por sua natureza, possui efeitos retroativos, devendo-se considerar como indevidos todos os pagamentos efetuados a maior com a referida inclusão, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento, admitindo-se como restrição tão-somente a prescrição quinquenal.

A correção do indébito deve ser aquela estabelecida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

Ante o exposto, nego provimento à remessa necessária e à apelação, consoante fundamentação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO PIS E COFINS. EXCLUSÃO ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO NÃO PROVIDAS.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 574.706/PR ou até o trânsito em julgado do referido extraordinário. Quanto à modulação dos efeitos do julgado, impossível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. O STF tem aplicado a orientação firmada a casos similares.

- O Plenário STF, no julgamento do RE nº 574.706-PR, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, não podendo integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, e não o ICMS efetivamente pago ou arrecadado.

- Suficiente a comprovação da condição de contribuinte para reconhecimento do direito de compensação ou restituição administrativa através de mandado de segurança.

- O regime aplicável à compensação tributária é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda.

- Nos termos do art. 74, da Lei 10.637/2002, a compensação poderá ser feita com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, observado o artigo 26-A, da Lei 11.457/2007.

- Desnecessário o prévio requerimento administrativo.

- A correção do indébito deve ser aquela estabelecida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aplicando-se a taxa SELIC, inclusive no que toca os juros moratórios.

- Remessa necessária e apelação não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa necessária e à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012821-28.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: VAMOS SEMINOVOS S/A

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS FERNANDO GIACON LESSA ALVERS - SP234573-A, ADALBERTO CALIL - SP36250-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012821-28.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: VAMOS SEMINOVOS S/A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ADALBERTO CALIL - SP36250-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por VAMOS SEMINOVOS S.A. visando a reforma da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar objetivando a suspensão da exigibilidade das contribuições ao Inca, Sebrae, Sesc, Senac e Salário-Educação incidentes sobre suas folhas de salários.

Alega a agravante, em síntese, que a partir da EC 33/01, as contribuições sociais gerais ou de intervenção no domínio econômico cuja base de cálculo esteja em desacordo com aquelas permitidas pelo artigo 149 da CF não foram recepcionadas, eis que materialmente incompatíveis.

Indeferido o pedido de antecipação da tutela antecipada recursal.

Com contraminuta da UNIÃO FEDERAL, retomaram os autos para julgamento.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012821-28.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: VAMOS SEMINOVOS S/A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ADALBERTO CALIL - SP36250-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Discute-se nos presentes autos se a EC n. 33/01, que deu nova redação ao artigo 149, §2º, III, "a", da Constituição Federal, revogou as contribuições incidentes sobre a folha de salários.

Pois bem

As contribuições, ora questionadas, encontram fundamento de validade no art. 149 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

A EC nº 33/2001, portanto, não alterou o caput do art. 149, apenas incluiu regras adicionais, entre as quais, a possibilidade de estabelecer alíquotas ad valorem ou específicas sobre as bases ali elencadas de forma não taxativa. O uso do vocábulo “poderão” no inciso III, faculta ao legislador a utilização da alíquota ad valorem, com base no faturamento, receita bruta, valor da operação, ou o valor aduaneiro, no caso de importação. No entanto, trata-se de uma faculdade, o rol é apenas exemplificativo, não existe o sentido restritivo alegado pela impetrante.

No mesmo sentido a Jurisprudência dessa Corte:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL (ART. 557, PARÁGRAFO 1º, DO CPC) - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - INCRA E SEBRAE - EC Nº 33/2001 - CONSTITUCIONALIDADE - NÃO DEMONSTRADA A INCOMPATIBILIDADE DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

1. O agravo legal deve ter por fundamento a inexistência da invocada jurisprudência dominante e não a discussão do mérito.

2. In casu, a decisão foi bastante clara quanto à constitucionalidade da contribuição ao INCRA e SEBRAE, mesmo após a EC nº 33/2001.

3. Despropositada a alegação de que a decisão agravada fundou-se em um único precedente do STF, na medida em que a e. Relatora Ministra Cármen Lúcia refere-se expressamente ao RE 396.266, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, submetido ao Plenário, e também ao Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 733.110, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

4. A adoção, pelo Relator, da jurisprudência dominante do STF é medida de celeridade processual autorizada pelo artigo 557 do CPC.

5. Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 331909 - 0012799-40.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 03/07/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/07/2014)

É certo que a Constituição, nas situações em que pretendeu limitar as bases de cálculo elegíveis adotou as expressões “incidente sobre”, “será”, “incidirá”, enquanto a utilização do verbo “poderá” é empregada em hipóteses típicas de mera faculdade, pelo que se deve entender que a EC n. 33/01 seguiu a mesma técnica legislativa.

Neste ponto a contribuição ao INCRA, que também tem fundamento de validade no art. 149 da Constituição, como contribuição de intervenção no domínio econômico, segue o mesmo raciocínio.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA COBRANÇA. EC 33/2001. LEIS 7.787/89 E 8.212/91.

1. As contribuições ao FUNRURAL e INCRA foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, sendo que com a edição da Lei 7.787/89 foi suprimida somente a contribuição ao FUNRURAL (art. 3º, § 1º).

2. Também a Lei 8.212/91, editada com o objetivo de regulamentar o Plano de Custeio da Seguridade Social, não dispôs acerca da contribuição ao INCRA, não interferindo em sua arrecadação pelo INSS, que figura como mero órgão arrecadador, sendo a receita destinada à autarquia agrária.

3. O C. STJ, sobre o tema em debate, fez editar a Súmula 516, do seguinte teor: A contribuição de intervenção no domínio econômico para o INCRA (Decreto-Lei n. 1.110/1970), devida por empregados rurais e urbanos, não foi extinta pelas Leis ns. 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991, não podendo ser compensada com a contribuição ao INSS.

4. A EC 33/2001 acrescentou o § 2º, III, a, ao artigo 149 da CF, prevendo que a contribuição de intervenção no domínio econômico pode ter alíquotas ad valorem baseadas no faturamento, na receita bruta ou no valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro. No entanto, o preceito constitucional somente previu faculdades ao legislador e não proibições no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo.

5. Apelação improvida

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 368407 - 0012342-95.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 19/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/04/2018)

Ressalto que a Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 977.058/RS, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, reafirmou o entendimento de que a contribuição do adicional de 0,2% destinado ao INCRA não foi extinta pelas Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91, considerando a sua natureza jurídica de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE).

Ainda, em relação a contribuição ao INCRA, na condição de contribuição especial atípica, não se aplica a referibilidade direta, podendo ser exigida mesmo de empregadores urbanos.

Isso porque é constitucionalmente destinada a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não necessariamente é beneficiado com a atuação estatal e nem a ela dá causa, sendo esse o traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas.

Anoto que a contribuição SEBRAE, que segue os mesmos moldes da contribuição ao INCRA, foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando já em vigor referida Emenda:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º. I. - As contribuições do art. 149, C.F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de "outras fontes", é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684. II. - A contribuição do SEBRAE - Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º; redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 - é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F. III. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003. IV. - R.E. conhecido, mas improvido.

(STF, RE 396266, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2003, DJ 27-02-2004)

O mesmo ocorre com as contribuições integrantes do Sistema S, como o Sesc e o Senai, que já foram objeto de análise pelo Colendo STF, no julgamento do AI nº 610247, que entendeu por sua constitucionalidade.

No tocante à cobrança do Salário-Educação, inicialmente, instituída pela Lei 4.440/64, mantida pelo Decreto-lei 1422/75, encontra-se atualmente prevista na Lei 9.424/96.

A constitucionalidade da cobrança do tributo segundo tal dispositivo foi atestada na Súmula 732 do Supremo Tribunal Federal: É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996.

Note-se que o texto do § 2º do art. 149 faz referência expressa, tanto às CIDE, quanto às contribuições sociais. No entanto, tem-se que, mesmo após a EC nº 33/2001, é perfeitamente constitucional a incidência de contribuições sociais sobre a folha de salários (art. 195, I, "a", da CF).

Em resumo, inexistente qualquer incompatibilidade de natureza constitucional entre a base de cálculo (folha de salários) das contribuições combatidas e as bases econômicas mencionadas no art. 149, § 2º, inciso III, alínea "a", do texto constitucional.

As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem, certamente, incidir sobre a folha de salários.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento**, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMAS. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO 2º. ARTIGO 149, CF. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

-As contribuições ora questionadas encontram fundamento de validade no art. 149 da Constituição Federal.

-A EC nº 33/2001 não alterou o caput do art. 149, apenas incluiu regras adicionais, entre as quais, a possibilidade de estabelecer alíquotas ad valorem ou específicas sobre as bases ali elencadas de forma não taxativa. O uso do vocábulo "poderão" no inciso III, faculta ao legislador a utilização da alíquota ad valorem, com base no faturamento, receita bruta, valor da operação, ou o valor aduaneiro, no caso de importação. No entanto, trata-se de uma faculdade, o rol é apenas exemplificativo, não existe o sentido restritivo alegado pela agravante.

-A contribuição ao INCRA, que também tem fundamento de validade no art. 149 da Constituição, como contribuição de intervenção no domínio econômico, em face da qual não se cogita na jurisprudência sua revogação tácita pela EC n. 33/01.

-A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 977.058/RS, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento de que a contribuição do adicional de 0,2% destinado ao INCRA não foi extinta pelas Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91, considerando a sua natureza jurídica de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE). Ainda, em relação a contribuição ao INCRA, na condição de contribuição especial atípica, não se aplica a referibilidade direta, podendo ser exigida mesmo de empregadores urbanos.

-As contribuições integrantes do Sistema S, como o Sesc e o Senac já foram objeto de análise pelo Colegiado STF, no julgamento do AI nº 610247, que entendeu por sua constitucionalidade.

-A contribuição SEBRAE, que segue os mesmos moldes da contribuição ao INCRA, foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando já em vigor referida Emenda (STF, RE 396266, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2003, DJ 27-02-2004).

-No tocante à cobrança do Salário-Educação, inicialmente, instituída pela Lei 4.440/64, mantida pelo Decreto-lei 1422/75, encontra-se atualmente prevista na Lei 9.424/96. A constitucionalidade da cobrança do tributo segundo tal dispositivo foi atestada na Súmula 732 do Supremo Tribunal Federal.

-Note-se que o texto do § 2º do art. 149 faz referência expressa, tanto às CIDE, quanto às contribuições sociais. No entanto, tem-se que, mesmo após a EC nº 33/2001, é perfeitamente constitucional a incidência de contribuições sociais sobre a folha de salários (art. 195, I, "a", da CF).

-Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025948-33.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: BELLTECH DO BRASIL COMERCIO DE SISTEMAS DE COMPUTADORES E DE TELEFONIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO SERPEJANTE DE OLIVEIRA - SP195458-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025948-33.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: BELLTECH DO BRASIL COMERCIO DE SISTEMAS DE COMPUTADORES E DE TELEFONIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO SERPEJANTE DE OLIVEIRA - SP195458-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por BELLTECH DO BRASIL COMÉRCIO DE SISTEMAS DE COMPUTADORES E DE TELEFONIA LTDA, em face da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar para exclusão do ISS das base de cálculo do PIS e da COFINS.

Alega a agravante, em síntese, que o ISS não configura receita tributável, não enquadrando no conceito de faturamento/receita bruta estipulado pela legislação federal para fins de incidência do PIS e da COFINS.

A antecipação da tutela recursal foi deferida.

Com contraminuta.

O Ministério Público Federal não opinou sobre o mérito da questão.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025948-33.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: BELLTECH DO BRASIL COMERCIO DE SISTEMAS DE COMPUTADORES E DE TELEFONIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO SERPEJANTE DE OLIVEIRA - SP195458-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

A tese de repercussão geral fixada foi a de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

Anote-se que a recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

Nesse sentido, decidiu a E. Segunda Seção, desta Corte:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS / COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS / COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHONSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.') (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM02/05/2017)"

Portanto, presente o *fumus boni iuris*, assim como o *periculum in mora* caracterizado pelo risco de cobrança indevida, pela possibilidade de inscrição de valores em dívida ativa e pela possível submissão à estreita e demorada via da repetição do indébito, de rigor a reforma da r. decisão agravada.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, consoante fundamentação.

É o voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Agravo de instrumento interposto por **Belltech do Brasil Comércio de Sistemas de Computadores e de Telefonia Ltda.** contra decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu liminar que objetivava a exclusão do ISS das base de cálculo do PIS e da COFINS.

A eminente Relatora votou no sentido de prover o recurso. Coma devida vênia, discordo.

A Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 7º, inciso III, dispõe quanto à liminar em mandado de segurança, *verbis*:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

[ressaltei]

Dessa forma, necessários o fundamento relevante e o perigo da demora. No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso, em que foi aduzido genericamente prejuízo, em virtude de se submeter ao recolhimento de tributos que reputa indevidos, em detrimento de suas atividades. Igualmente, caso não proceda ao recolhimento será autuada, inscrita no CADIN e todas as demais consequências. Assim, não demonstrado o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, voto para **negar provimento ao agravo de instrumento.**

André Nabarrete

Desembargador Federal

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. POSSIBILIDADE. ISS. SITUAÇÃO IDÊNTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

- O Plenário STF decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS.

- Os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

- A tese de repercussão geral fixada foi a de que "*O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS*".

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

- Entendimento da Segunda Seção desta Corte.

- Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* de rigor a reforma da r. decisão agravada.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votou o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, que negava provimento ao agravo de instrumento. Fará declaração de voto o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0059099-95.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

APELANTE: MITSU COMERCIO DE FERRAMENTAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: NORMA VIECO PINHEIRO LIBERATO - SP297374-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0059099-95.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

APELANTE: MITSU COMERCIO DE FERRAMENTAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: NORMA VIECO PINHEIRO LIBERATO - SP297374-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por MITSU COMERCIO DE FERRAMENTAS LTDA. em face da r. sentença que julgou improcedentes os seus embargos à execução fiscal.

Alega a apelante, em síntese, nulidade das CDAs e nulidade do título executivo por falta de processo administrativo.

Apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0059099-95.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

APELANTE: MITSU COMERCIO DE FERRAMENTAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: NORMA VIECO PINHEIRO LIBERATO - SP297374-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os presentes embargos foram opostos à execução fiscal ajuizada para a cobrança de créditos tributários de COFINS e PIS, constituídos mediante entrega de declaração pelo contribuinte, consoante CDAs juntadas ao documento id nº 132457973 – pag. 10/74.

Em se tratando aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, nos termos do art. 150, do CTN, considera-se constituído o crédito tributário na data da entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, ou da Declaração de Rendimentos ou de outra declaração semelhante prevista em lei, consoante restou cristalizado no enunciado sumular n.º 436, do E. STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco".

Em casos tais, fica dispensada a instauração de procedimento administrativo, já que, apresentada a declaração sem o devido recolhimento do tributo, o débito é imediatamente inscrito em Dívida Ativa nos exatos termos em que declarado pelo contribuinte.

E, ainda que houvesse processo administrativo, seria desnecessária a sua apresentação acompanhando a inicial da execução fiscal, uma vez que a Certidão da Dívida Ativa demonstra claramente o débito cobrado, bem como sua origem.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "as cópias do processo administrativo fiscal não são imprescindíveis para a formação da certidão de dívida ativa e, conseqüentemente, para o ajuizamento da execução fiscal. Assim, o art. 41 da Lei n. 6.830/80 apenas possibilita, a requerimento da parte ou a requisição do juiz, a juntada aos autos de documentos ou certidões correspondentes ao processo administrativo, caso necessário para solução da controvérsia. Contudo, o ônus de tal juntada é da parte embargante, haja vista a presunção de certeza e liquidez de que goza a CDA, a qual somente pode ser ilidida por prova em contrário a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite, nos termos do art. 204 do CTN" (STJ, REsp 1.239.257/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2011).

A juntada de processo administrativo fiscal é providência que, se necessária, compete à embargante, a qual em nenhum momento demonstrou ter havido impedimento à obtenção de cópias junto à Administração Pública.

Logo, não há que se falar em nulidade da execução ou em cerceamento de defesa.

Superada essa questão, destaca que, nos termos do artigo 3º, da Lei nº 6.830/1980, a Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, gerando efeitos de prova pré-constituída.

Embora tal presunção não seja absoluta, é certo que gera efeitos até que haja prova inequívoca acerca da respectiva invalidade, recaindo o ônus da demonstração do vício do título executivo sobre o devedor/embargante.

Neste sentido, cito o seguinte precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CDA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. COMPROVAÇÃO PELO CONTRIBUINTE DA RECUSA DO FISCO EM FORNECER A DOCUMENTAÇÃO QUE SE ENCONTRA EM SEU PODER. REQUISIÇÃO JUDICIAL NOS TERMOS DO ART. 399 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com a orientação consolidada nesta Corte Superior, a dívida ativa regularmente inscrita é dotada de presunção juris tantum de certeza e liquidez, só podendo ser afastada por prova inequívoca, a teor do disposto no art. 3º, da Lei de Execuções Fiscais. Ademais, fica a cargo do Contribuinte ilidir tal presunção, inclusive com a juntada do Processo Administrativo, quando essencial ao deslinde da controvérsia. Precedentes: AgRg no REsp. 1.460.507/SC, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, DJe 16.3.2016; AgRg no REsp. 1.565.825/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 10.2.2016.

2. O Tribunal de origem expressamente reconheceu que a parte Executada comprovou que não se encontrava em seu poder a documentação hábil a afastar a presunção de certeza e liquidez da CDA, e que, mesmo após se dirigir à repartição competente, não obteve êxito, porque o Fisco recusou-se a fornecê-la. E a alteração das conclusões a que chegou a Corte de origem, na forma pretendida, demandaria, necessariamente, a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Contudo, tal medida encontra óbice na Súmula 7 do STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

3. Comprovada a excepcionalidade do caso, confere-se ao sujeito passivo da obrigação tributária o direito de postular judicialmente a requisição do Processo Administrativo à repartição pública competente, nos termos do art. 399 do CPC.

4. Agravo Regimental do Estado de Alagoas a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1283570/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 29/09/2016)

A Certidão de Dívida Ativa deve, obrigatoriamente, preencher todos os requisitos constantes dos artigos 202, do CTN e 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80, sob pena de a omissão de qualquer desses requisitos implicar nulidade da inscrição e do processo executivo de cobrança da dívida.

No caso em apreço, a partir da análise das Certidões de Dívida Ativa é possível extrair os dados pertinentes à apuração do débito, com discriminação do sujeito passivo, origem e natureza, data do vencimento e da inscrição, número do procedimento administrativo, forma de constituição e notificação, o valor devido, o termo inicial dos encargos e respectiva legislação reguladora, cumprindo, assim, as exigências legais.

Cabe à apelante desconstituir a presunção de certeza trazendo aos autos elementos que confirmem suas alegações, entretanto, os argumentos aventados pela recorrente são genéricos e não explicitam os fatos relativos à causa de forma clara.

Assim, a apelante não se desincumbiu do ônus de demonstrar a nulidade do título executivo, restando inabalada a presunção de certeza e liquidez das CDAs em comento.

Desta feita, deve ser mantida a r. sentença.

Ante o exposto, **nego provimento** à apelação, consoante fundamentação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESNECESSIDADE DE JUNTADA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA NÃO AFASTADA. RECURSO DESPROVIDO.

- Em se tratando aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, nos termos do art. 150, do CTN, considera-se constituído o crédito tributário na data da entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, ou da Declaração de Rendimentos ou de outra declaração semelhante prevista em lei, consoante restou cristalizado no enunciado sumular n.º 436, do E. STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco".

- Em casos tais, fica dispensada a instauração de procedimento administrativo, já que, apresentada a declaração sem o devido recolhimento do tributo, o débito é imediatamente inscrito em Dívida Ativa nos exatos termos em que declarado pelo contribuinte.

- Nos termos do artigo 3º, da Lei nº 6.830/1980, a Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, gerando efeitos de prova pré-constituída.

- No caso em apreço, a partir da análise das Certidões de Dívida Ativa é possível extrair os dados pertinentes à apuração do débito, com discriminação do sujeito passivo, origem e natureza, data do vencimento e da inscrição, número do procedimento administrativo, forma de constituição e notificação, o valor devido, o termo inicial dos encargos e respectiva legislação reguladora, cumprindo, assim, as exigências legais.

- A apelante não se desincumbiu do ônus de demonstrar a nulidade do título executivo, restando inabalada a presunção de certeza e liquidez das CDAs em comento.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005999-60.2019.4.03.6110

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PYROZZAR INDUSTRIA QUIMICA E COMERCIO LTDA.

Advogados do(a) APELADO: SERGIO GONINI BENICIO - SP195470-A, CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO (1728) Nº 5005999-60.2019.4.03.6110

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADA: PYROZZAR INDUSTRIA QUIMICA E COMERCIO LTDA.

Advogados do(a): CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática, à qual, negou provimento à remessa necessária e à apelação por ela interposta.

A agravante requer o sobrestamento do processo até o julgamento definitivo do RE 574.706. Aduz ausência de fundamentação relativa ao ICMS excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser aquele destacado nas notas fiscais. Ademais, sustenta o entendimento de que a parcela do ICMS a ser excluída da base de cálculo da COFINS e do PIS é aquela atinente ao ICMS a recolher.

Instada a se manifestar, a agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO INTERNO (1728) Nº 5005999-60.2019.4.03.6110

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADA: PYROZZAR INDUSTRIA QUIMICA E COMERCIO LTDA.

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A questão ora discutida foi objeto de análise nos presentes autos pela decisão recorrida.

Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Registre-se que a diretriz jurisprudencial firmada deve ser observada pelos demais Tribunais, como tem reiteradamente decidido o próprio STF, que, inclusive, tem aplicado a orientação firmada a casos similares. Nesse sentido: ARE 1122640/ES; RE nº 939.742/RS, RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC e RE 1004609.

Ademais, cabe destacar que não há qualquer determinação do STF de suspensão nacional dos processos que versem sobre a matéria.

Quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS, RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC e RE 1004609.

No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida:

"Todavia, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte, onde a questão foi exaurida, tanto pelo prisma legal quanto pelo contábil, é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado, conforme se vislumbra no voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, litteris:

"(...) parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS."

Assim, destaco a inexistência de ofensa ao art. 93, XI, da Constituição Federal e aos art 11 e 489, II todos do CPC. Não há que se falar em ausência de fundamentação a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

Dessa forma, não merece prosperar o argumento no sentido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS apenas do ICMS efetivamente pago, mantendo na base das exações tanto os créditos de ICMS nas operações anteriores quanto os valores que não forem efetivamente recolhidos ao sujeito ativo do ICMS.

Ademais, em recente decisão proferida pelo ministro Gilmar Mendes, em que cita o julgamento do RE 574.706, assim esclarece: *" (...) o Supremo Tribunal Federal afirmou que o montante de ICMS destacados nas notas fiscais não constituem receita ou faturamento, razão pela qual não podem fazer parte da base de cálculo do PIS e da COFINS". (RE 954262, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 20/08/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 22/08/2018 PUBLIC 23/08/2018).*

Por derradeiro, no tocante ao artigo 195, I, b da Constituição Federal, inexistente qualquer ofensa ao referido dispositivo constitucional. A tese de repercussão geral fixada foi a de que *"O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS"*, cabe reafirmar que deve prevalecer o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, inexistente justificativa à inclusão do ICMS na base de cálculo das exações.

As razões recursais não contrapõem os fundamentos do *r. decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, consoante fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "*Todavia, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte, onde a questão foi exaurida, tanto pelo prisma legal quanto pelo contábil, é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado*".

- Assim, destaco a inexistência de ofensa ao art. 93, XI, da Constituição Federal e aos art 11 e 489, II todos do CPC. Não há que se falar em ausência de fundamentação a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012996-03.2020.4.03.6182

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SAO PAULO (CAU-SP)

APELADO: URO ARQUITETURA E CONSULTORIA LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012996-03.2020.4.03.6182

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SAO PAULO (CAU-SP)

APELADO: URO ARQUITETURA E CONSULTORIA LTDA - ME

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SÃO PAULO, em face de sentença que, em sede de execução fiscal, reconheceu a prescrição dos débitos das anuidades de 2012 a 2014 em cobrança. Com relação à anuidade de 2015, julgou extinto o processo por não cumprir o art. 8º da Lei 12.514/2011.

Alega o apelante, em síntese, que não há que se falar em prescrição das anuidades, porque o termo inicial deve ser contado em conformidade com o art. 8º da Lei 12.514/11, o qual exige o acúmulo de 4 anuidades para que se execute a dívida judicialmente, sendo que somente em 2015 estaria preenchido tal requisito e estabelecido o marco inicial da contagem do prazo prescricional.

Sem contrarrazões, subiram os autos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012996-03.2020.4.03.6182

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SAO PAULO (CAU-SP)

APELADO: URO ARQUITETURA E CONSULTORIA LTDA - ME

VOTO

A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva (artigo 174, do CTN).

Tratando-se de anuidades devidas a Conselhos Profissionais, contribuições do interesse das categorias profissionais, de natureza tributária e sujeitas a lançamento de ofício, o art. 8º da Lei 12.514/2011 assim dispõe:

Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

Parágrafo único. O disposto no caput não limitará a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou a suspensão do exercício profissional.

De se destacar que, nos casos de cobrança de anuidades de Conselhos Profissionais, a constituição do crédito tributário ocorre somente quando este se tornar exequível, ou seja, quando o valor total da dívida, acrescida dos consectários legais, atingir o patamar mínimo de 4 vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, tomando-se como parâmetro para definir este piso o valor da anuidade referente ao ano de ajuizamento, bem como os encargos legais (multa, juros e correção monetária).

Na linha acima esboçada, colaciono jurisprudência do E. STJ:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/73. OFENSA GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. ANUIDADES. VALOR DA EXECUÇÃO. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ALCANCE DO VALOR MÍNIMO PARA EXECUÇÃO.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/73 se faz de forma genérica, sem a precisa demonstração de omissão (Súmula 284 do STF).

2. Esta Corte, interpretando o art. 8º da Lei n. 12.514/2011, consolidou o entendimento de que no valor correspondente a quatro anuidades no ano do ajuizamento computam-se, inclusive, as multas, juros e correção monetária, e não apenas a quantidade de parcelas em atraso.

3. O processamento da execução fiscal fica desautorizado somente quando os débitos exequendos correspondam a menos de 4 vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, tomando-se como parâmetro para definir este piso o valor da anuidade referente ao ano de ajuizamento, bem como os encargos legais (multa, juros e correção monetária). No caso dos autos, a ação fiscal foi ajuizada em 2013, quando já em vigor a Lei n. 12.514/11, assim, aplicável a limitação acima descrita.

4. As anuidades pagas aos conselhos profissionais possuem natureza tributária, o que, em tese, admitiria o dia seguinte ao vencimento da obrigação como sendo o termo inicial da prescrição.

5. No entanto, considerando a limitação de valor mínimo para fins de execução criada pela Lei n. 12.514/11, para o ajuizamento da execução, o prazo prescricional dever ter início somente quando o crédito se tornar exequível, ou seja, quando o total da dívida inscrita, acrescida dos respectivos consectários legais, atingir o patamar mínimo exigido pela norma.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido para afastar a ocorrência da prescrição.

(REsp 1524930/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 08/02/2017 – grifo meu)

In casu, considerando que o valor da anuidade prevista para as pessoas da faixa da executada no ano de 2020 era de R\$ 571,41 (Ato Declaratório nº 12 da Presidência do CAU/BR de 20 de dezembro de 2019), verifica-se que o valor correspondente “a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente” era de R\$2.285,64. De acordo com a CDA (ID 139137248), o débito exequendo alcançou em 04/05/2020, valor superior a este.

Assim, o termo inicial para a prescrição inicia-se após 01/07/2015 (cf arts. 5º, §u c/c 6º da Resolução nº 121 CAU/BR), quando completado o requisito do art. 8º da Lei 12.514/2011. A data do ajuizamento da ação foi 22/05/2020, portanto não extrapolado o lustro concedido por lei para o ajuizamento da ação.

Não tendo a prescrição alcançado as anuidades em apreço, de rigor a reforma da decisão recorrida.

Ante o exposto, **dou provimento à apelação**, para que prossiga a execução, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. ANUIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

- A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva (artigo 174, do CTN).

- Tratando-se de anuidades devidas a Conselhos Profissionais, contribuições do interesse das categorias profissionais, de natureza tributária e sujeitas a lançamento de ofício, o art. 8º da Lei 12.514/2011 assim dispõe: *Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente. Jurisprudência do STJ.*

- Nos casos de cobrança de anuidades de Conselhos Profissionais, a constituição do crédito tributário ocorre somente quando este se tornar exequível, ou seja, quando o valor total da dívida, acrescida dos consectários legais, atingir o patamar mínimo de 4 vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, tomando-se como parâmetro para definir este piso o valor da anuidade referente ao ano de ajuizamento, bem como os encargos legais (multa, juros e correção monetária).

- *In casu*, considerando que o valor da anuidade prevista para as pessoas da faixa do executado no ano de 2020 era de R\$ 571,41 (Ato Declaratório nº 12 da Presidência do CAU/BR de 20 de dezembro de 2019), verifica-se que o valor correspondente “a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente” era de R\$2.285,64. De acordo com a CDA (ID 139137248), o débito exequendo alcançou em 04/05/2020 valor superior a este.

- Assim, o termo inicial para a prescrição inicia-se após 01/07/2015 (cf arts. 5º, §u c/c 6º da Resolução nº 121 CAU/BR), quando completado o requisito do art. 8º da Lei 12.514/2011. A data do ajuizamento da ação foi 22/05/2020, portanto não extrapolado o lustro concedido por lei para o ajuizamento da ação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001698-79.2020.4.03.6128

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ISO TECH COMERCIO E INDUSTRIA DE PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: MARCOS WILLIAM GO - SP287885-A, DAGMAR DOS SANTOS - SP172325-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO (198) Nº 5001698-79.2020.4.03.6128

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADA: ISO TECH COMERCIO E INDUSTRIA DE PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA - EPP

Advogados do(a) : MARCOS WILLIAM GO - SP287885-A, DAGMAR DOS SANTOS - SP172325-A

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática, à qual, deu parcial provimento à apelação por ela interposta, para que seja observado o disposto no artigo 26-A, da Lei 11.457/2007.

A agravante requer o sobrestamento do processo até o julgamento definitivo do RE 574.706. Aduz ausência de pedido e fundamentação relativo ao ICMS excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser aquele destacado nas notas fiscais. Ademais, sustenta o entendimento de que a parcela do ICMS a ser excluída da base de cálculo da COFINS e do PIS é aquela atinente ao ICMS a recolher.

Instada a se manifestar, a agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO INTERNO (198) Nº 5001698-79.2020.4.03.6128

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADA: ISO TECH COMERCIO E INDUSTRIA DE PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA - EPP

Advogados do(a) : MARCOS WILLIAM GO - SP287885-A, DAGMAR DOS SANTOS - SP172325-A

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A questão ora discutida foi objeto de análise nos presentes autos pela decisão recorrida.

Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Registre-se que a diretriz jurisprudencial firmada deve ser observada pelos demais Tribunais, como tem reiteradamente decidido o próprio STF, que, inclusive, tem aplicado a orientação firmada a casos similares. Nesse sentido: ARE 1122640/ES; RE nº 939.742/RS, RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC e RE 1004609.

Ademais, cabe destacar que não há qualquer determinação do STF de suspensão nacional dos processos que versem sobre a matéria.

Quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS, RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC e RE 1004609.

No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "*Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado*".

Assim, destaco a inexistência de ofensa ao art. 93, XI, da Constituição Federal e aos arts 10, 11, 141, 489, 490 e 492 todos do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido ou de fundamentação a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

Dessa forma, não merece prosperar o argumento no sentido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS apenas do ICMS efetivamente pago, mantendo na base das exações tanto os créditos de ICMS nas operações anteriores quanto os valores que não forem efetivamente recolhidos ao sujeito ativo do ICMS.

Ademais, em recente decisão proferida pelo ministro Gilmar Mendes, em que cita o julgamento do RE 574.706, assim esclarece: "*(...) o Supremo Tribunal Federal afirmou que o montante de ICMS destacados nas notas fiscais não constituem receita ou faturamento, razão pela qual não podem fazer parte da base de cálculo do PIS e da COFINS*" (RE 954262, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 20/08/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 22/08/2018 PUBLIC 23/08/2018).

Por derradeiro, no tocante ao artigo 195, I, b da Constituição Federal, inexistente qualquer ofensa ao referido dispositivo constitucional. A tese de repercussão geral fixada foi a de que "*O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS*", cabe reafirmar que deve prevalecer o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, inexistente justificativa à inclusão do ICMS na base de cálculo das exações.

As razões recursais não contrapõem os fundamentos do *r. decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, consoante fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "*Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado*".

- Assim, destaco a inexistência de ofensa ao art. 93, XI, da Constituição Federal e aos arts 10, 11, 141, 489, 490 e 492 todos do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido ou de fundamentação a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do *r. decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, a unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO VIANA LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: JEANE FERREIRA ALVES OLIVEIRA - MG151198-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO (198) Nº 5004218-15.2019.4.03.6106
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADA: SUPERMERCADO VIANA LTDA - ME
Advogado do(a): JEANE FERREIRA ALVES OLIVEIRA - MG151198-A

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática, à qual, deu parcial provimento à apelação por ela interposta, para que seja observado o disposto no artigo 26-A, da Lei 11.457/2007.

A agravante requer o sobrestamento do processo até o julgamento definitivo do RE 574.706. Aduz ausência de pedido e fundamentação relativa ao ICMS excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser aquele destacado nas notas fiscais. Ademais, sustenta o entendimento de que a parcela do ICMS a ser excluída da base de cálculo da COFINS e do PIS é aquela atinente ao ICMS a recolher.

Instada a se manifestar, a agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO INTERNO (198) Nº 5004218-15.2019.4.03.6106
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADA: SUPERMERCADO VIANA LTDA - ME
Advogado do(a): JEANE FERREIRA ALVES OLIVEIRA - MG151198-A

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A questão ora discutida foi objeto de análise nos presentes autos pela decisão recorrida.

Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já temo condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Registre-se que a diretriz jurisprudencial firmada deve ser observada pelos demais Tribunais, como tem reiteradamente decidido o próprio STF, que, inclusive, tem aplicado a orientação firmada a casos similares. Nesse sentido: ARE 1122640/ES; RE nº 939.742/RS, RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC e RE 1004609.

Ademais, cabe destacar que não há qualquer determinação do STF de suspensão nacional dos processos que versem sobre a matéria.

Quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS, RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC e RE 1004609.

No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "*Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado*".

Assim, destaco a inexistência de ofensa ao art. 93, XI, da Constituição Federal e aos arts 10, 11, 141, 489, 490 e 492 todos do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido ou de fundamentação a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

Dessa forma, não merece prosperar o argumento no sentido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS apenas do ICMS efetivamente pago, mantendo na base das exações tanto os créditos de ICMS nas operações anteriores quanto os valores que não forem efetivamente recolhidos ao sujeito ativo do ICMS.

Ademais, em recente decisão proferida pelo ministro Gilmar Mendes, em que cita o julgamento do RE 574.706, assim esclarece: "*(...) o Supremo Tribunal Federal afirmou que o montante de ICMS destacados nas notas fiscais não constituem receita ou faturamento, razão pela qual não podem fazer parte da base de cálculo do PIS e da COFINS*". (RE 954262, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 20/08/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 22/08/2018 PUBLIC 23/08/2018).

No tocante ao artigo 195, I, b da Constituição Federal, inexistente qualquer ofensa ao referido dispositivo constitucional. A tese de repercussão geral fixada foi a de que "*O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS*", cabe reafirmar que deve prevalecer o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, inexistente justificativa à inclusão do ICMS na base de cálculo das exações.

Por derradeiro, não é cabível, no presente caso, a majoração dos honorários nos termos do artigo 85, §11, do CPC/2015, em razão da apelação da agravante ter sido parcialmente provida. Assim, consoante entendimento do E. STJ, inaplicável o referido dispositivo legal. Nesse sentido, o entendimento:

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO NA ESPÉCIE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA REFORMADA. HIPÓTESE DE RECURSO NÃO CONHECIDO INTEGRALMENTE OU DESPROVIDO. MONOCRATICAMENTE OU PELO ÓRGÃO COLEGIADO COMPETENTE. 1. O STJ assentou o entendimento de que é devida a majoração de verba honorária sucumbencial, nos termos do artigo 85, §11, do CPC/2015, quando presentes os seguintes requisitos de forma simultânea: a) decisão recorrida publicada a partir de 18/3/2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. 2. No caso dos autos, contudo, a Apelação do INSS foi parcialmente provida, o que impede a aplicação do referido dispositivo legal. 3. Recurso Especial provido. ..EMEN:

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 1826005 2019.02.01690-3, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:11/10/2019..DTPB:.)

As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, consoante fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "*Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado*".

- Assim, destaco a inexistência de ofensa ao art. 93, XI, da Constituição Federal e aos arts 10, 11, 141, 489, 490 e 492 todos do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido ou de fundamentação a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não é cabível, no presente caso, a majoração dos honorários nos termos do artigo 85, §11, do CPC/2015, em razão da apelação da agravante ter sido parcialmente provida. Assim, consoante entendimento do E. STJ, inaplicável o referido dispositivo legal.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora),

com quem votamos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023526-85.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: MARIA DA PENHA BARBATO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCONI HOLANDA MENDES - SP111301-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023526-85.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: MARIA DA PENHA BARBATO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCONI HOLANDA MENDES - SP111301-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MARIA DA PENHA BARBATO em face da r. decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade.

Alega a agravante, em síntese, a ocorrência de prescrição e decadência do aludido crédito tributário.

Indeferido o pedido de concessão do efeito suspensivo.

Com contraminuta da UNIÃO FEDERAL, retornaram os autos para julgamento.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023526-85.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: MARIA DA PENHA BARBATO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCONI HOLANDA MENDES - SP111301-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, não conheço dos embargos de declaração opostos por Maria da Penha Barbato, porquanto intempestivos, vez que o prazo para sua oposição findou em 25/09/2020.

No tocante à alegação de decadência e prescrição, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, a constituição do crédito se dá com a entrega da declaração pelo sujeito passivo, independentemente de qualquer atuação por parte do Fisco, nos moldes do art. 150 do Código Tributário Nacional. Outrossim, a prescrição vem disciplinada no art. 174, do CTN e opera a partir dos cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário.

Tal entendimento está consolidado na Súmula 436 do E. Superior Tribunal de Justiça, que dispõe:

"A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco."

Dessa forma, apresentada a declaração, sem o devido recolhimento do tributo devido, desnecessária a notificação do contribuinte ou a instauração de procedimento administrativo, podendo o débito ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa, não havendo que se falar em decadência quanto à constituição do montante declarado, mas apenas em prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário. Assim, a partir do vencimento da obrigação tributária consignado no título, ou da entrega de declaração, se posterior, inicia-se a fluência do prazo prescricional.

Por sua vez, na ausência de declaração do contribuinte ou se elaborada em desacordo com a legislação tributária, com omissões ou inexatidões, a constituição do crédito tributário deverá ocorrer de ofício, nos moldes do art. 149 do Código Tributário Nacional.

O lançamento efetuado de ofício pela autoridade fiscal, em razão da lavratura de auto de infração, consubstancia a constituição do crédito tributário (art. 142, do CTN), de modo que a respectiva notificação abre oportunidade ao devedor para impugnar a exigência, impugnação essa deflagrada do processo administrativo correspondente, cuja decisão definitiva constitui o termo "a quo" de fluência do prazo prescricional (art. 145, I, do CTN).

O ajuizamento da ação ocorreu em 20/08/2018, com despacho de citação da executada proferido em 03/10/2018, ou seja, posteriormente à alteração perpetrada pela Lei Complementar nº 118/2005.

Logo, o marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos da legislação vigente, consuma-se com o despacho para citação da empresa executada que, consoante redação atribuída ao artigo 240, § 1º do Código de Processo Civil, retroage à data de propositura da ação.

Tal entendimento, conforme ressaltado pela decisão recorrida, foi firmado no julgamento do recurso especial n. 1.120.295, sob o rito dos recursos representativos de controvérsia e tem sido adotado pelos ministros dos C. STJ na prolação de suas decisões.

Na hipótese dos autos, portanto, retroage-se à data da propositura da ação o marco interruptivo do prazo prescricional, uma vez que o art. 240 §1º do CPC deve ser interpretado conjuntamente com o art. 174 do CTN, seja o marco interruptivo a citação efetiva, seja o despacho citatório, nos termos adrede ressaltados.

De acordo com as cópias juntadas aos autos, o fato gerador do débito refere-se ao período de 06/2011 a 12/2011. Foi lavrado auto de infração com entrega à agravante em 27/06/2016. Dessa maneira, não estão configuradas a decadência ou prescrição.

Vale ressaltar que a prescrição é matéria de ordem pública e, assim sendo, pode ser declarada, inclusive de ofício, a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição ordinária.

Logo e, ao menos em sede de exame sumário, não há qualquer fundamento para o deferimento do pleito, nos termos em que requerido.

Ante o exposto, **não conheço dos embargos de declaração e nego provimento ao agravo de instrumento**, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS. AGRAVO IMPROVIDO.

- Por primeiro, não conheço dos embargos de declaração opostos por Maria da Penha Barbato, porquanto intempestivos, vez que o prazo para sua oposição findou em 25/09/2020.

- No tocante à alegação de decadência e prescrição, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, a constituição do crédito se dá com a entrega da declaração pelo sujeito passivo, independentemente de qualquer atuação por parte do Fisco, nos moldes do art. 150 do Código Tributário Nacional. Outrossim, a prescrição vem disciplinada no art. 174, do CTN e opera a partir dos cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário.

- Apresentada a declaração, sem o devido recolhimento do tributo devido, desnecessária a notificação do contribuinte ou a instauração de procedimento administrativo, podendo o débito ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa, não havendo que se falar em decadência quanto à constituição do montante declarado, mas apenas em prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário. Assim, a partir do vencimento da obrigação tributária consignado no título, ou da entrega de declaração, se posterior, inicia-se a fluência do prazo prescricional.

- Por sua vez, na ausência de declaração do contribuinte ou se elaborada em desacordo com a legislação tributária, com omissões ou inexatidões, a constituição do crédito tributário deverá ocorrer de ofício, nos moldes do art. 149 do Código Tributário Nacional.

- O lançamento efetuado de ofício pela autoridade fiscal, em razão da lavratura de auto de infração, consubstancia a constituição do crédito tributário (art. 142, do CTN), de modo que a respectiva notificação abre oportunidade ao devedor para impugnar a exigência, impugnação essa deflagrada do processo administrativo correspondente, cuja decisão definitiva constitui o termo "a quo" de fluência do prazo prescricional (art. 145, I, do CTN).

- O ajuizamento da ação ocorreu em 20/08/2018, com despacho de citação da executada proferido em 03/10/2018, ou seja, posteriormente à alteração perpetrada pela Lei Complementar nº 118/2005.
- Logo, o marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos da legislação vigente, consuma-se como despacho para citação da empresa executada que, consoante redação atribuída ao artigo 240, § 1º do Código de Processo Civil, retroage à data de propositura da ação.
- Tal entendimento, conforme ressaltado pela decisão recorrida, foi firmado no julgamento do recurso especial n. 1.120.295, sob o rito dos recursos representativos de controvérsia e tem sido adotado pelos ministros dos C. STJ na prolação de suas decisões.
- Na hipótese dos autos, portanto, retroage-se à data da propositura da ação o marco interruptivo do prazo prescricional, uma vez que o art. 240 §1º do CPC deve ser interpretado conjuntamente com o art. 174 do CTN, seja o marco interruptivo a citação efetiva, seja o despacho citatório, nos termos adrede ressaltados.
- De acordo com as cópias juntadas aos autos, o fato gerador do débito refere-se ao período de 06/2011 a 12/2011. Foi lavrado auto de infração com entrega à agravante em 27/06/2016. Dessa maneira, não estão configuradas a decadência ou prescrição.
- Vale ressaltar que a prescrição é matéria de ordem pública e, assim sendo, pode ser declarada, inclusive de ofício, a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição ordinária.
- Embargos de declaração não conhecidos.
- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu não conhecer dos embargos de declaração e negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011638-59.2015.4.03.6119

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA

Advogado do(a) APELANTE: SELMA SIMIONATO MAZUTTI - SP155395-A

APELADO: TRANSPALLET - TRANSPORTES E LOGISTICALTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA APOLONIO MUNIZ DEPIERI - SP284475-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011638-59.2015.4.03.6119

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA

Advogado do(a) APELANTE: SELMA SIMIONATO MAZUTTI - SP155395-A

APELADO: TRANSPALLET - TRANSPORTES E LOGISTICALTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA APOLONIO MUNIZ DEPIERI - SP284475-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA contra a sentença que, em sede de embargos à execução fiscal ajuizada em face de Transpallet – Transportes e Logística Ltda., julgou parcialmente procedente o pedido para determinar o recálculo do débito e o levantamento do excesso de penhora, condenando a embargada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor excluído da CDA, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/73.

Em suas razões recursais, a União se volta contra a condenação em honorários advocatícios. Em síntese, argumenta que parte substancial dos pedidos formulados pela parte embargante não foram acolhidos, dando ensejo à sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC/73. Também combate o levantamento do excesso de penhora, pugnano pela restauração integral da construção.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011638-59.2015.4.03.6119

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA

Advogado do(a) APELANTE: SELMA SIMIONATO MAZUTTI - SP155395-A

APELADO: TRANSPALLET - TRANSPORTES E LOGISTICALTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA APOLONIO MUNIZ DEPIERI - SP284475-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O propósito recursal é reformar a r. sentença na parte relativa ao reconhecimento do excesso de penhora e à condenação em honorários advocatícios.

Está correta a sentença recorrida ao reconhecer o excesso de penhora. O valor bloqueado na conta corrente do Banco do Brasil superava o total original da dívida executada, sendo excessiva a penhora de outros valores mantidos em contas-correntes diferentes.

Quanto aos honorários advocatícios, esclareço que o Código de Processo Civil de 2015 será o diploma processual aplicável pois a sucumbência decorreu de sentença prolatada na vigência do novo *códex*. Neste sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO INTERTEMPORAL: ART. 20 DO CPC/1973 VS. ART. 85 DO CPC/2015. DEFINIÇÃO DA LEI APLICÁVEL. MOMENTO DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA QUANTO À VERBA HONORÁRIA INICIAL. SENTENÇA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. ACÓRDÃO PUBLICADO APÓS A VIGÊNCIA DO CPC/2015. REGIME APLICÁVEL AOS HONORÁRIOS: CPC/1973. PRECEDENTES. COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE ART. 85, § 14, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que a sentença é o marco temporal para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios. Assim, indiferente a data do ajuizamento da ação e a data do julgamento dos recursos correspondentes, a lei aplicável para a fixação da verba honorária é aquela vigente na data da sentença que a impõe (ou da primeira decisão que trata da verba honorária, caso seja acórdão).

2. No presente caso, a sentença que fixou a verba honorária foi publicada em 01/04/2011 (e-STJ fl. 268), ou seja, ainda na vigência do CPC/1973. O acórdão de apelação, por sua vez, foi proferido já na vigência do CPC/2015, tendo determinado a compensação da verba honorária em razão da sucumbência recíproca, nos termos do art. 21, caput, do CPC/1973. Desse modo, o regime aplicável para a fixação da verba honorária é aquele previsto no art. 20 e parágrafos do CPC/1973 e não o do art. 85 do CPC/2015, que teve sua vigência iniciada apenas em 18/03/2016. Precedentes.

3. Agravo interno não provido"

(STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.662.705/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/08/2018).

No caso dos autos, verifica-se que parte significativa da pretensão deduzida pela parte embargante foi atendida com a parcial procedência do pedido tendo em vista que, ante o reconhecimento do *bis in idem*, do total de R\$ 24.000,00 correspondente às quatro multas cobradas na inscrição 2177, remanesceu a execução de apenas uma penalidade no valor de R\$ 6.000,00.

Não configurada a sucumbência recíproca, a parte vencida deve arcar com os honorários do advogado da parte vencedora, devidamente majorados em 1%, nos termos do art. 85, § 11º, do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – EXCESSO DE PENHORA PRESENTE - PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CONFIGURADA – RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO.

1. O valor bloqueado na conta corrente do Banco do Brasil superava o total original da dívida executada, sendo excessiva a penhora de outros valores mantidos em contas-correntes diferentes. Excesso de penhora reconhecido.

*2. O Código de Processo Civil de 2015 é o diploma processual aplicável pois a sucumbência decorreu de sentença prolatada na vigência do novo *códex*.*

*3. Parte significativa da pretensão deduzida pela parte embargante foi atendida com a parcial procedência do pedido tem em vista que, ante o reconhecimento do *bis in idem*, do total de R\$ 24.000,00 correspondente às quatro multas cobradas na inscrição 2177, remanesceu a execução de apenas uma penalidade no valor de R\$ 6.000,00.*

4. Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019146-86.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TITAN PNEUS DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: FABIO TADEU RAMOS FERNANDES - SP155881-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO (1728) Nº 5019146-86.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: TITAN PNEUS DO BRASIL LTDA

Advogado do(a): FABIO TADEU RAMOS FERNANDES - SP155881-A

AGRAVADA: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela TITAN PNEUS DO BRASIL LTDA em face da decisão monocrática, à qual, deu provimento à remessa necessária e à apelação da União Federal, entendendo que não existe ilegalidade na inclusão dos serviços de capatazia na composição do valor aduaneiro e, conseqüentemente, integram a base de cálculo do Imposto de Importação, PIS/COFINS-importação e IPI-importação.

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pela agravante.

A agravante alega que as disposições da Instrução Normativa SRF nº 327/2003, em que se funda a União para determinar a inclusão das despesas de capatazia na base de cálculo dos tributos incidentes no desembaraço aduaneiro, ofendem manifestamente a literalidade do art. 40 da Lei nº 12.815/2013, no que concerne ao conceito de capatazia, e, paralelamente, o inciso II do art. 17 do Decreto nº 2.498/98. Ademais, sustenta que v. acórdão que alicerçou a r. decisão agravada, foi omissivo quanto às descrições constantes da Instrução Normativa SRF nº 327/2003 e art. 77 do Decreto nº 6.759/2009 em cotejo com a descrição constante do Decreto Legislativo nº 30/1994, promulgado pelo Decreto nº 1.355/1994 e, mais ainda, quanto às definições atribuídas posteriormente pela Norma de Aplicação sobre Valoração Aduaneira de Mercadorias (Decisão CMC nº 13/2007, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 6.870/2009). Por derradeiro, aduz ofensa ao conceito de território aduaneiro (art. 2º do Decreto nº 6.759/2009), bem como aos arts. 4º, § único, 5º, §§ 2º a 4º, 49, I, 149, § 2º, III, "A", 150, I, e 153, I, todos da Constituição Federal e ao art. 927, § 3º, do CPC.

Instada a se manifestar, a agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO INTERNO (1728) Nº 5019146-86.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: TITAN PNEUS DO BRASIL LTDA

Advogado do(a): FABIO TADEU RAMOS FERNANDES - SP155881-A

AGRAVADA: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A questão ora discutida foi objeto de análise nos presentes autos pela decisão recorrida.

Cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STJ, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

A tese de repercussão geral fixada foi a de que "os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do Imposto de Importação (Tema 1.014 STJ)";

Neste sentido, o entendimento:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. COMPOSIÇÃO DO VALOR ADUANEIRO. INCLUSÃO DAS DESPESAS COM CAPATAZIA. I – O acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio (GATT 1994), no art. VII, estabelece normas para determinação do "valor para fins alfandegários", ou seja, "valor aduaneiro" na nomenclatura do nosso sistema normativo e sobre o qual incide o imposto de importação. Para implementação do referido artigo e, de resto, dos objetivos do acordo GATT 1994, os respectivos membros estabeleceram acordo sobre a implementação do acima referido artigo VII, regulado pelo Decreto n. 2.498/1998, que no art. 17 prevê a inclusão no valor aduaneiro dos gastos relativos a carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação. Esta disposição é reproduzida no parágrafo 2º do art. 8º do AVA (Acordo de Valoração Aduaneira. II – Os serviços de carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação, representam a atividade de capatazia, conforme a previsão da Lei n. 12.815/2013, que, em seu art. 40, definiu essa atividade como de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelho portuário. III - Com o objetivo de regulamentar o valor aduaneiro de mercadoria importada, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF 327/2003, na qual ficou explicitado que a carga, descarga e manuseio das mercadorias importadas no território nacional estão incluídas na determinação do "valor aduaneiro" para o fim da incidência tributária da exação. Posteriormente foi editado o Decreto n. 6.759/2009, regulamentando as atividades aduaneiras, fiscalização, controle e tributação das importações, ocasião em que ratificou a regulamentação exarada pela SRF. IV - Ao interpretar as normas acima citadas, evidencia-se que os serviços de capatazia, conforme a definição acima referida, integram o conceito de valor aduaneiro, tendo em vista que tais atividades são realizadas dentro do porto ou ponto de fronteira alfandegado na entrada do território aduaneiro. Nesse panorama, verifica-se que a Instrução Normativa n. 327/2003 encontra-se nos estreitos limites do acordo internacional já analisado, inobstando a alegada inovação no ordenamento jurídico pátrio. V - Tese julgada para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973): Os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do imposto de importação. VI - Recurso provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973)

(RE 1.799.306/STJ – PRIMEIRA SEÇÃO/MIN. FRANCISCO FALCÃO/11/03/2020 - grifei)

Assim, ao interpretar os termos do Acordo de Valoração Aduaneira e a IN nº 327/2003, o STJ concluiu que os serviços de capatazia, integram o conceito de valor aduaneiro, em razão de que tais atividades são realizadas dentro do porto ou ponto de fronteira alfandegado na entrada do território aduaneiro.

Dessa feita, restou consignado que a Instrução Normativa n. 327/2003, encontra-se nos estreitos limites do acordo internacional inexistindo ilegalidade.

Por todo o exposto, não há como acolher a alegação de violação ao art. 2º do Decreto nº 6.759/2009, bem como aos arts.4º, § único,5º,§§2º a 4º, 49, I,149,§2º, III,"a",150,I, e 153,I, todos da Constituição Federal e art.927,§3º, do CPC.

As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, consoante fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. TEMA 1.014 STJ. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. COMPOSIÇÃO DO VALOR ADUANEIRO. INCLUSÃO DAS DESPESAS COM CAPATAZIA. LEGALIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STJ, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

- Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A tese de repercussão geral fixada foi a de que "os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do Imposto de Importação (Tema 1.014 STJ)";

- Assim, ao interpretar os termos do Acordo de Valoração Aduaneira e a IN SRF nº 327/2003, o STJ concluiu que os serviços de capatazia, integram o conceito de valor aduaneiro, em razão de que tais atividades são realizadas dentro do porto ou ponto de fronteira alfandegado na entrada do território aduaneiro.

- Dessa feita, restou consignado que a Instrução Normativa n. 327/2003, encontra-se nos estreitos limites do acordo internacional inexistindo ilegalidade.

- Por todo o exposto, não há como acolher a alegação de violação ao art. 2º do Decreto nº 6.759/2009, bem como aos arts.4º, § único,5º,§§2º a 4º, 49, I,149,§2º, III,"a",150,I, e 153,I, todos da Constituição Federal e art.927,§3º, do CPC.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, de unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5008235-15.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

PARTE AUTORA: SIA GINO E MARDEGAN SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: BRUNA CAROLINA SIA GINO - SP275634-N

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO

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

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5008235-15.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

PARTE AUTORA: SIA GINO E MARDEGAN SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogados do(a) PARTE AUTORA: BRUNA CAROLINA SIA GINO - SP275634-N, DAIANE MARDEGAN - SP290757-A

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO

Advogados do(a) PARTE RE: KARINA PAIVA DE ASSIS - SP392640-A, MARIANE LATORRE FRANCO LIMA - SP328983-A, ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face de sentença que concedeu a segurança, para afastar o pagamento de anuidades pela impetrante, *sociedade de advogados*, à OAB/SP.

O Ministério Público Federal não vislumbrou interesse que justifique a sua intervenção.

É o relatório.

REMESSANECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5008235-15.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

PARTE AUTORA: SIA GINO E MARDEGAN SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogados do(a) PARTE AUTORA: BRUNA CAROLINA SIA GINO - SP275634-N, DAIANE MARDEGAN - SP290757-A

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO

Advogados do(a) PARTE RE: KARINA PAIVA DE ASSIS - SP392640-A, MARIANE LATORRE FRANCO LIMA - SP328983-A, ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não obstante o tratamento constitucional privilegiado atribuído à advocacia e sua entidade maior, conforme reconhecido pelo E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 3.026-4/DF - que versava sobre a aplicação do regime estatutário aos empregados da OAB -, relatada pelo em. Min. EROS GRAU, cujo julgado decidiu: 1) que a OAB se constitui em um "serviço público independente" e 2) que a mesma Ordem não tem finalidades exclusivamente corporativas, não podendo ser equiparada às demais instituições de fiscalização das profissões, a natureza híbrida da OAB não deve impedir que se lhe apliquem as disposições atinentes aos conselhos de fiscalização das profissões.

E, ainda que possua "natureza jurídica especialíssima", a OAB não deixa de ser uma entidade de representação e fiscalização profissional, conforme o precedente do e. Superior Tribunal de Justiça, que ora colaciono:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE UMA ANUIDADE. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL-OAB/PE. CARACTERIZAÇÃO. CONSELHO DE CLASSE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. É pacífico no STJ que a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

2. Trata-se de ação de Execução que possui como título executivo extrajudicial certidão de inadimplência no valor de uma anuidade, movida pela OAB/PE contra o recorrido.

3. O STF teve oportunidade de se manifestar sobre a natureza jurídica da OAB, no julgamento da ADI 3026/DF, Relator Ministro EROS GRAU, julgado em 08/06/2006. Naquela oportunidade consignou que a "Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro", portanto não se sujeitaria aos ditames impostos à Administração Pública direta e indireta.

4. A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB "não pode ser tida como congênera dos demais órgãos de fiscalização profissional". Entretanto, conforme decidido pela Corte Especial do STJ, ela não deixa de ser um Conselho de Classe. Precedente: AgRg no AgRg na PET nos EREsp 1.226.946/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 10/10/2013.

5. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 44, II, da Lei 8.906/1994, não deixa dúvida de que a OAB não pode ser equiparada a nenhum outro conselho profissional, pois sua finalidade transpassa todos os objetivos fixados para as demais entidades de classe. Contudo, existe um ponto em comum que as une, qual seja, a representatividade da classe profissional.

6. Tendo em vista que a OAB é um conselho de classe, apesar de possuir natureza jurídica especialíssima, deve se submeter ao disposto no art. 8º da Lei 12.514/2011, que rege a execução de dívida oriunda de anuidade inferior a quatro vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

7. A finalidade da norma em comento é evitar o ajuizamento de demandas para a cobrança de valores tidos como irrisórios pelo legislador, evitando-se, dessa forma, o colapso da "máquina judiciária". É indiferente que a OAB tenha essa ou aquela personalidade jurídica, pois o texto da lei visa que os conselhos de classe, independentemente da sua natureza jurídica, não sobrecarreguem o Poder Judiciário.

3. Recurso Especial não provido. (STJ – Resp: 1.615.805/PE, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 15/09/2016, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2016).

Contudo, a controvérsia dos autos gira em torno da possibilidade, ou não, de instituição pela OAB/SP de anuidade das sociedades de advogados registradas perante referido órgão.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que somente os advogados e estagiários detêm a obrigação de pagar anuidade ao Conselho de Classe, sendo diferente a situação das sociedades de advogados, porquanto não existe disposição legal nesse sentido.

A propósito, transcrevo os julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE ANUIDADE DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS. OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI. INEXIGIBILIDADE. SÚMULA N. 83/STJ.

I - A Lei n. 8.906/94 não prevê a cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, mas tão somente de seus inscritos. Consequentemente, é ilegal a cobrança efetuada com base em instrução normativa, porque obrigação não prevista em lei.

II - O acórdão recorrido está em sintonia com a atual jurisprudência do STJ, no sentido de que é ilegítima a cobrança da anuidade de escritórios de advocacia por meio de instrução normativa, sob o fundamento de ausência de previsão legal. Incidência do enunciado n. 83 da Súmula do STJ.

III - Agravo interno improvido.”

(AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 913.240 – SP – Ministro Francisco Falcão – Data do Julgamento: 09/03/2017 – o destaque não é original).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. ANUIDADE DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. INEXIGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ILEGALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 08/2000 DO CONSELHO SECCIONAL DA OAB/SC.

1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta (Ecl no AgRg no Ag 492.969/RS, Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJ 14.02.2007; AgRg no Ag 776.179/SP, Min. José Delgado, 1ª T., DJ 12.02.2007).

2. A Lei 8.906/94 não prevê a cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, mas tão-somente de seus inscritos (advogados e estagiários). Essa conclusão decorre da interpretação sistemática e teleológica do Estatuto da Advocacia e da OAB, pois quando o legislador fez uso do substantivo inscrição ou do adjetivo inscrito(s), referiu-se, sempre, ao(s) sujeito(s) advogado e/ou estagiário, e não à sociedade civil (pessoa jurídica). Consequentemente, é ilegal a Resolução nº 08/2000, do Conselho Seccional da OAB/SC, que instituiu cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, porquanto obrigação não prevista em lei (REsp 879339/SC, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 31.03.2008).

3. Recurso especial a que se nega provimento.”

(REsp 651953/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 03/11/2008)

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS INSTITUÍDA PELA OAB/SC MEDIANTE A RESOLUÇÃO 08/2000. ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA À ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI. INEXIGIBILIDADE.

1. O princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II) consubstancia garantia imanente ao Estado Democrático de Direito, e assegura que somente a lei, editada pelos órgãos legislativos competentes de acordo com o processo legislativo constitucional, pode criar direitos e obrigações.

2. O registro das sociedades civis de advocacia não se confunde com a inscrição de advogados e estagiários. A inscrição qualifica o advogado e o estagiário ao exercício da advocacia (Lei 8.906/94, arts. 3º, 8º e 9º); o registro apenas confere personalidade jurídica às sociedades civis de advogados (Lei 8.906/94, art. 15, § 1º), não lhes atribuindo legitimidade para, por si sós, desempenharem atividades privativas de advogados e estagiários regularmente inscritos (Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, art. 42).

3. A Lei 8.906/94 não prevê a cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, mas tão-somente de seus inscritos (advogados e estagiários). Essa conclusão decorre da interpretação sistemática e teleológica do Estatuto da Advocacia e da OAB, pois quando o legislador fez uso do substantivo inscrição ou do adjetivo inscrito(s), referiu-se, sempre, ao(s) sujeito(s) advogado e/ou estagiário, e não à sociedade civil (pessoa jurídica).

4. Consequentemente, é ilegal a Resolução nº 08/2000, do Conselho Seccional da OAB/SC, que instituiu cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, porquanto obrigação não prevista em lei.

5. À luz da Lei n. 8.906/94 não compete ao Conselho Seccional da OAB/SC editar resolução para instituir a cobrança de anuidade das sociedades de advogados. Precedentes: REsp 793.201/SC, DJ 26.10.2006; REsp 882.830/SC, DJ 30.03.2007.

6. O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei - analisada sob tal perspectiva - constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador (ADI 2.075/MC, Plenário, DJU 27.6.2003 - Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal)

7. O registro do ato constitutivo produz efeito legal específico (confere personalidade jurídica à sociedade de advogados), e não se confunde com a inscrição de advogados e estagiários, porquanto conceitos jurídicos distintos, nos termos da Lei n. 8.906/94 e do Regulamento Geral, vez que, o mero registro não atribui legitimidade à sociedade simples para, por si só, realizar atos privativos de advogado, nos termos do art. 42 do Regulamento Geral, que dispõe: "Podem ser praticados pela sociedade de advogados, com uso da razão social, os atos indispensáveis às suas finalidades, que não sejam privativos de advogado." 8. É vedada qualquer interpretação no sentido de estender à sociedade obrigação de recolhimento de anuidade que a lei impôs apenas aos advogados e estagiários regularmente inscritos nos quadros da OAB.

9. Recurso Especial desprovido.”

(REsp 879.339/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 31/03/2008)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DAS ANUIDADES COBRADAS DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS. IMPOSIÇÃO LEGAL QUE RECAI APENAS QUANTO AOS INSCRITOS. ADVOGADOS E ESTAGIÁRIO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

- Não obstante o tratamento constitucional privilegiado atribuído à advocacia e sua entidade maior, conforme reconhecido pelo E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 3.026-4/DF - que versava sobre a aplicação do regime estatutário aos empregados da OAB -, relatada pelo em. Min. EROS GRAU, cujo julgado decidiu: 1) que a OAB se constitui em um "serviço público independente" e 2) que a mesma Ordem não tem finalidades exclusivamente corporativas, não podendo ser equiparada às demais instituições de fiscalização das profissões, a natureza híbrida da OAB não deve impedir que se lhe apliquem as disposições atinentes aos conselhos de fiscalização das profissões.

- Isso pois, ainda que possua "natureza jurídica especialíssima", não deixa de ser uma entidade de representação e fiscalização profissional, conforme precedente do e. Superior Tribunal de Justiça.

- Contudo, a controvérsia dos autos gira em torno da possibilidade, ou não, de instituição pela OAB/SP de anuidade das sociedades de advogados registradas perante referido órgão.

- A jurisprudência do C. STJ é firme no sentido de que somente os advogados e estagiários detêm a obrigação de pagar anuidade ao Conselho de Classe, sendo diferente a situação das sociedades de advogados, porquanto não existe disposição legal nesse sentido.

- Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019594-89.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA SP

AGRAVADO: FRANCISCO YUTAKA KURIMORI, LUIZ ROBERTO SEGA, SP ENGE CONSTRUTORA LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ FELIPE MIGUEL - SP45402-A

Advogado do(a) AGRAVADO: JULIANO GUSTAVO BACHIEGA - SP361114-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019594-89.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA SP

AGRAVADO: FRANCISCO YUTAKA KURIMORI, LUIZ ROBERTO SEGA, SP ENGE CONSTRUTORA LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ FELIPE MIGUEL - SP45402-A

Advogado do(a) AGRAVADO: JULIANO GUSTAVO BACHIEGA - SP361114-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DE ESTADO DE SÃO PAULO – CREA-SP contra a decisão que, em sede de ação civil pública (autos nº 5000394-08.2017.4.03.6142), indeferiu a liminar requerida para decretar a indisponibilidade de bens dos agravados.

O agravante sustenta, em síntese, a existência de indícios dos atos de improbidade mencionados na ação originária, o que, por si só, autoriza o decreto de indisponibilidade. Pede, ainda, que os agravados sejam impedidos, enquanto perdurar o feito de origem, de contratar com a Administração Pública, direta ou indireta, além de não exercerem cargos públicos.

Foi indeferido o efeito suspensivo pleiteado.

Os agravados apresentaram contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019594-89.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP

AGRAVADO: FRANCISCO YUTAKA KURIMORI, LUIZ ROBERTO SEGA, SP ENGE CONSTRUTORA LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ FELIPE MIGUEL - SP45402-A

Advogado do(a) AGRAVADO: JULIANO GUSTAVO BACHIEGA - SP361114-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

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

Todavia, o recurso não comporta provimento.

Com efeito, ressalto que a indisponibilidade de bens é medida prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e, de fato, prescinde da comprovação do risco de dano (*periculum in mora*), que se presume, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, desde que evidenciada a relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*). A propósito:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA JULGADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO/STJ. RESP 1.319.515/ES. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO ACERCA DO FUMUS BONI IURIS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, de acordo com o disposto no art. 7º da Lei 8.429/1992, a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição Precedente: REsp 1319515/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012.

2. Consta-se que o fumus boni iuris não foi analisado pela Corte de origem, uma vez que decidiu-se apenas quanto à ausência do periculum in mora no caso. Assim, é necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja analisada a presença ou não do fumus boni iuris para a decretação da indisponibilidade dos bens.

3. Agravo regimental não provido."

(AGARESP 238155, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 05/12/2012)

Com relação aos atos praticados pelos agravados, saliento que os sujeitos ativos (os responsáveis pelas condutas lesivas à Administração Pública) são os agentes públicos ou terceiros. O art. 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, define o agente público como sendo todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas da Administração Direta e Indireta. Da mesma forma, a Lei nº 8.429/92 teve o cuidado de apresentar, em seu art. 3º, a definição dos terceiros que estão sujeitos às suas disposições, ou seja, todos aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

Destaco, ainda, que os atos de improbidade, que acarretam enriquecimento ilícito, previstos nos arts. 9º, da Lei 8.429/92, referem-se à obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei de improbidade administrativa. Os atos que causam prejuízo ao erário, consagrados no art. 10 da Lei 8.429/92, relacionam-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa, que acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública e demais entidades mencionadas no art. 1º, da lei de improbidade administrativa. Constitui ato de improbidade administrativa, ainda, a conduta, comissiva ou omissiva, que contraria princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, na forma do art. 11, da Lei 8.429/92.

Na hipótese dos autos, O CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA - SP ajuizou a presente ação de improbidade administrativa em face de FRANCISCO YUTAKA KURIMORI e OUTROS.

Alega que os agravados, à época dos acontecimentos tratados na inicial dos autos de origem, foram os responsáveis diretos pela promoção e gestão do procedimento licitatório em que perpetrados os atos de improbidade administrativa tratados naquela demanda. Aduz que os fatos estão relacionados ao Processo Administrativo C - 000956/2016, Processo Licitatório L.00170/2015, que objetivava a realização de certame licitatório, na modalidade "menor preço - global", e seu contrato decorrente C 0061/2015. Ademais, o edital de licitação (edital para concorrência nº 004/2015) continha vícios que ofenderiam a impessoalidade, com restrição indevida aos interessados, superfaturamento e ocorrência de simples arremedo de licitação.

Todavia, por ora, mantenho a posição adotada pelo MM. Juízo a quo no sentido de que, "em que pese haja uma descrição fática que permita o recebimento da inicial, a qual aliás já teve julgamento positivo pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, não verifico na inicial uma descrição particularizada e específica relativamente à participação de cada um dos réus, ou seja, há uma atribuição genérica de poderes e atuações aos réus, mas não há descrição concreta específica particularizada da atuação de cada um dos requeridos, razão pela qual não verifico, neste momento processual, em decisão revisível, verossimilhança da alegação para tão gravosa decisão que seria invasiva do patrimônio em parcela significativa".

Anoto-se que é a instrução processual que irá confirmar ou afastar as circunstâncias imputadas. Aliás, a indicação robusta de tais elementos demanda profunda incursão no material produzido nos autos.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso, consoante fundamentação.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO INVOCADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso. Todavia, o recurso não merece provimento.

- A indisponibilidade de bens é medida prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e, de fato, prescinde da comprovação do risco de dano (*periculum in mora*), que se presume, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, desde que evidenciada a relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*).

- Com relação aos atos praticados pelo agravante, os sujeitos ativos (os responsáveis pelas condutas lesivas à Administração Pública) são os agentes públicos ou terceiros. O art. 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, define o agente público como sendo todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas da Administração Direta e Indireta. Da mesma forma, a Lei nº 8.429/92 teve o cuidado de apresentar, em seu art. 3º, a definição dos terceiros que estão sujeitos às suas disposições, ou seja, todos aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

- Os atos de improbidade, que acarretam enriquecimento ilícito, previstos nos art. 9º, da Lei 8.429/92, referem-se à obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei de improbidade administrativa. Os atos que causam prejuízo ao erário, consagrados no art. 10 da Lei 8.429/92, relacionam-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa, que acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública e demais entidades mencionadas no art. 1º, da lei de improbidade administrativa. Constitui ato de improbidade administrativa, ainda, a conduta, comissiva ou omissiva, que contraria princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, na forma do art. 11, da Lei 8.429/92.

- Na hipótese dos autos, O CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA - SP ajuizou a presente ação de improbidade administrativa em face de FRANCISCO YUTAKA KURIMORI e OUTROS. Alega que os agravados, à época dos acontecimentos tratados na inicial dos autos de origem, foram os responsáveis diretos pela promoção e gestão do procedimento licitatório em que perpetrados os atos de improbidade administrativa tratados naquela demanda. Aduz que os fatos estão relacionados ao Processo Administrativo C - 000956/2016, Processo Licitatório L 00170/2015, que objetivava a realização de certame licitatório, na modalidade "menor preço - global", e seu contrato decorrente C 0061/2015. Ademais, o edital de licitação (edital para concorrência nº 004/2015) continha vícios que ofenderiam a impessoalidade, com restrição indevida aos interessados, superfaturamento e ocorrência de simples arremedo de licitação.

- Todavia, por ora, a posição adotada pelo MM. Juízo *a quo* deve ser mantida, no sentido de que, "*em que pese haja uma descrição fática que permita o recebimento da inicial, a qual aliás já teve julgamento positivo pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, não verifico na inicial uma descrição particularizada e específica relativamente à participação de cada um dos réus, ou seja, há uma atribuição genérica de poderes e atuações aos réus, mas não há descrição concreta específica particularizada da atuação de cada um dos requeridos, razão pela qual não verifico, neste momento processual, em decisão revisível, verossimilhança da alegação para tão gravosa decisão que seria invasiva do patrimônio em parcela significativa*".

- Anote-se que é a instrução processual que irá confirmar ou afastar as circunstâncias imputadas. Aliás, a indicação robusta de tais elementos demanda profunda incursão no material produzido nos autos.

- Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003207-42.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: LUIZ FRANCISCO VON RAINER HARBACH, ELAINE VERIDIANA BAGGIO ARAUJO - EPP

Advogados do(a) APELANTE: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, LUCAS RICARDO LAZARO DA SILVA - SP418270-A, TULLIO VICENTINI PAULINO - SP225150-A
Advogados do(a) APELANTE: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, LUCAS RICARDO LAZARO DA SILVA - SP418270-A, TULLIO VICENTINI PAULINO - SP225150-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003207-42.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: LUIZ FRANCISCO VON RAINER HARBACH, ELAINE VERIDIANA BAGGIO ARAUJO - EPP

Advogados do(a) APELANTE: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, LUCAS RICARDO LAZARO DA SILVA - SP418270-A, TULLIO VICENTINI PAULINO - SP225150-A
Advogados do(a) APELANTE: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, LUCAS RICARDO LAZARO DA SILVA - SP418270-A, TULLIO VICENTINI PAULINO - SP225150-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela União (Id. 137394564) e pelo contribuinte (Id. 137394560) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, foi proferida nos seguintes termos (Id. 137394549):

(...) "CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA para declarar a inconstitucionalidade das normas dos artigos 2º e 3º da Lei 9718/98, artigo 1º da Lei 10.637/2002 e artigo 1º da Lei 10.833/2003, na parte em que impossibilitam a exclusão do ICMS efetivamente recolhidos na base de cálculo do PIS e da COFINS, considerando que o tributo estadual em questão não se constitui faturamento ou receita, destoando do disposto no artigo 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal, e, por consequência, promunciar a inexigibilidade das referidas contribuições (PIS e COFINS), no que pertine ao objeto deste Writ (não incidência sobre o ICMS), além de determinar que a Autoridade Impetrada não se abstenha de expedir eventual de Certidão de Débitos relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, ficando vedada, também, a inscrição dos tributos declarados inconstitucionais nos cadastros de inadimplentes (CADIN e outros).

Os valores indevidamente recolhidos e não prescritos (nos cinco anos anteriores à data de ajuizamento deste feito) serão corrigidos pela SELIC desde a data do pagamento indevido e compensados nos termos da IN 1.717/2017, do artigo 170-A do CTN (após o trânsito em julgado) e artigo 39, §4º, da Lei 9.250/95.

Sem honorários advocatícios (Súmulas 512 do STF e 105 do STJ).

A União está isenta de custas, mas deverá reembolsar as antecipadas pela Impetrante.

Sentença sujeita ao reexame necessário".

(...)

Requer a União, preliminarmente, o prequestionamento da matéria bem como o sobrestamento do feito, ao argumento da ausência de definitividade do acórdão proferido no RE nº 574.706 (artigo 1.040 do CPC), sob a alegação de que:

a) para se delimitar o alcance da matéria decidida e a uniforme replicação da tese firmada no julgamento de recursos repetitivos/repercussão geral, sua aplicação, nos termos do artigo 1.040 do CPC, pressupõe o conhecimento do inteiro teor do julgado, a expressa ciência dos fundamentos que o determinaram e sua definitividade, o que não ocorre no caso;

b) a parte adversa não sofrerá prejuízo com a demora se a exigibilidade estiver suspensa e há ministros do STF que reconhecem a prematuridade da aplicação da tese firmada no julgamento do tema nº 69 de repercussão geral.

No mérito argumenta, em síntese, que:

a) os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS devem integrar a base de cálculo de tais contribuições (Lei nº 10.637/2002, Lei nº 10.833/2003, Lei 9.718/98, Lei Complementar nº 70/1991, 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal e Súmulas nºs 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça);

b) com a superveniência da Lei nº 12.973/2014, os valores relativos ao ICMS compõem a receita bruta das pessoas jurídicas;

c) o regime jurídico da compensação tributária deve ser estabelecido em lei específica, observadas as normas gerais do Código Tributário Nacional, nos termos do art. 170 deste diploma, bem como que o período de apuração tanto do crédito quanto do débito deve ser posterior à utilização do e-Social (Lei nº 13.670/2018);

d) a impossibilidade de restituição no âmbito administrativo.

Contrarrazões apresentadas pela parte adversa (Id. 13739470).

Por sua vez, o contribuinte requer "seja dado TOTAL PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO para reformar a r. sentença, (i) declarando o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor do ICMS destacado nas notas fiscais, ou, subsidiariamente, outro valor que venha a ser estabelecido pelo C. STF na decisão final do RE nº 574.706, bem como (ii) declarar o direito ao crédito dos valores recolhidos indevidamente nos últimos 5 (cinco) anos, devidamente corrigidos, nos termos da Instrução Normativa da RFB nº 1.717/2017, por ser medida de JUSTIÇA".

Resposta da União (Id. 137394568).

Manifestação do Ministério Público Federal (Id. 138007979).

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003207-42.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: LUIZ FRANCISCO VON RAINER HARBACH, ELAINE VERIDIANA BAGGIO ARAUJO - EPP

Advogados do(a) APELANTE: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, LUCAS RICARDO LAZARO DA SILVA - SP418270-A, TULLIO VICENTINI PAULINO - SP225150-A
Advogados do(a) APELANTE: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, LUCAS RICARDO LAZARO DA SILVA - SP418270-A, TULLIO VICENTINI PAULINO - SP225150-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

- Do pedido de sobrestamento do feito

Inicialmente, no que toca à preliminar apresentada pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

- Do mérito

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão dos valores de ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, nos termos da jurisprudência aludida, é de ser afastada a incidência do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

- Da Lei n. 12.973/14

Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade), *verbis*:

Art. 54. A Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 55. A Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado, *verbis*:

Nesse sentido, de modo legítimo dispõem as atuais leis dos regimes cumulativo e não cumulativo que a base de cálculo do PIS/Cofins compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do DL nº 1.598/773, cujo §5º afirma que nela se incluem “os tributos sobre ela incidentes”. Ao lado disso, aquelas mesmas leis estabelecem que não integram a base de cálculo dessas contribuições as receitas referentes a certas situações, como vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. As exclusões exemplificadas, de fato, prescindiriam de previsão legal, já que estão fora do âmbito da materialidade das contribuições em comento, o que não ocorre com o ônus financeiro do ICMS repassado para o preço da mercadoria ou do serviço e, ao fim, transferido para a receita ou o faturamento.

(páginas 96 e 97 – voto do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli)

Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

Reconhecida a inexistência, faz-se necessária a análise do pedido de restituição.

- Do prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: “válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **13/12/2019** (Id. 137394315). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

- Da necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Da compensação de valores indevidamente recolhidos

A impetrante pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguemas disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei n.º 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei n.º 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa n.º 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC n.º 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Da impossibilidade de restituição administrativa

Deve-se consignar que a opção à restituição é direito do contribuinte, mas somente é cabível na via administrativa, eis que o mandado de segurança não é a via adequada para obter efeitos patrimoniais pretéritos à impetração, conforme entendimento do STF pacificado por meio das Súmulas n.º 269 (o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança) e n.º 271 (Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria). Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp 1176713/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 01/07/2020. Note-se que a legislação de regência do mandado de segurança não prevê fase de liquidação. Destarte, a restituição via precatório é inviável nesta sede.

Do ICMS a recolher

O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo).

Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris*:

(...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Da correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliente que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução n.º 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (*AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012*).

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária. (*REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009*).

Ante o exposto, rejeito a preliminar, dou parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial, para reformar a sentença em parte, a fim de consignar que a compensação e a restituição deverão observar as limitações explicitadas. Apelação do contribuinte provida para reconhecer o direito da impetrante de excluir o ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como à sua compensação, conforme especificado.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. APELAÇÃO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. APELAÇÃO DO CONTRIBUINTE PROVIDA.

- No que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, salienta-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos: *Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecte no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.*

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

- A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditiu seu voto. Plenário, 15.3.2017.

- Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, tal diploma normativo apenas manteve a expressão *total das receitas auferidas* (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade).

- No entanto, apesar de a mencionada lei incluir o § 5º ao artigo 12 deste decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente neste julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a este dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado.

- Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como *receita líquida* (receita bruta diminuída dos valores relativos a *devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta*). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, *caput*, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

- A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de débitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*".

- A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Deve-se consignar que a opção à restituição é direito do contribuinte, mas somente é cabível na via administrativa, eis que o mandado de segurança não é a via adequada para obter efeitos patrimoniais pretéritos à impetração, conforme entendimento do STF pacificado por meio das Súmulas n.º 269 (o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança) e n.º 271 (Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria). Nesse sentido: EDcl no AgRg no Resp 1176713/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 01/07/2020. Note-se que a legislação de regência do mandado de segurança não prevê fase de liquidação. Destarte, a restituição via precatório é inviável nesta sede.

- O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias como o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, ceme da análise contábil ou escritural desse tributo). Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia. Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Correção monetária do indébito. Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal (AgRg no Resp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012). No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial n.º 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (Resp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

- Preliminar rejeitada. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas. Apelação do contribuinte provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar, dar parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial, para reformar a sentença em parte, a fim de consignar que a compensação e a restituição deverão observar as limitações explicitadas. Apelação do contribuinte provida para reconhecer o direito da impetrante de excluir o ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como à sua compensação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019960-98.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: IMCD BRASIL FARMACEUTICOS IMPORTACAO, EXPORTACAO E REPRESENTACOES LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, IMCD BRASIL FARMACEUTICOS IMPORTACAO, EXPORTACAO E REPRESENTACOES LTDA.

Advogados do(a) APELADO: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019960-98.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: IMCD BRASIL FARMACEUTICOS IMPORTACAO, EXPORTACAO E REPRESENTACOES LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, IMCD BRASIL FARMACEUTICOS IMPORTACAO, EXPORTACAO E REPRESENTACOES LTDA.

Advogados do(a) APELADO: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela União (Id. 136336143) e pelo contribuinte (Id. 136336155) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, foi proferida nos seguintes termos (Id. 136336136):

(...) “*CONCEDO A SEGURANÇA pleiteada na exordial para determinar a exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como para reconhecer o direito da parte impetrante de compensar administrativamente os valores indevidamente recolhidos a tais títulos, nos últimos 05 anos, anteriores ao ajuizamento do presente feito, devidamente corrigidos, conforme acima exposto. Procedi à resolução do mérito nos termos do artigo 487, I, do CPC. Sem condenação em honorários, com base no art. 25 da Lei n.º 12.016/2009. Custas ex lege. Oficie-se a autoridade coatora, cientificando-a do teor da presente decisão. Oportunamente, remetam-se os autos ao E. TRF da 3ª Região para reexame necessário.*”

(...)

Opostos embargos de declaração pelo contribuinte (Id. 136336145), foram parcialmente acolhidos, nos seguintes termos (Id. 136336152):

(...) “*Efetivamente, ocorreu um erro material no que se refere à sentença Id n.º 27957734. Assim, acolho as alegações da embargante para corrigir o erro material apontado a fim de que referida sentença passe a constar: “IMCD BRASIL FARMACÊUTICOS IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E REPRESENTAÇÕES LTDA” no lugar de: “NÍVEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA” e “Isto posto, CONCEDO A SEGURANÇA pleiteada na exordial para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS” no lugar de: “Isto posto, CONCEDO A SEGURANÇA pleiteada na exordial para determinar a exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS”. Também observo que a sentença Id n.º 27957734 foi omissa quanto ao pedido de repetição do indébito.*”

Com efeito, o mandado de segurança, embora constitua ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária (Súmula 213 do STJ), não é substitutivo de ação de cobrança (Súmula 269 do STF) e sua concessão não produz efeitos patrimoniais em relação à período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (Súmula 271 do STF). Ora, não há dúvidas de que, por via indireta, consequências de ordem patrimonial podem surgir em virtude da concessão de mandado de segurança, mas não se pode obter, pelo mandado de segurança, diretamente, uma ordem de pagamento via precatório. Assim, entendendo possível à parte impetrante optar pela restituição, em detrimento da compensação, no entanto, deve requerê-la na esfera administrativa, como lhe assegura o § 2º do art. 66 da Lei n.º 8.383/1991 e artigos 73 e 74 da Lei n.º 9.430/1996. Isto posto, ACOLHO PARCIALMENTE OS PRESENTES EMBARGOS, nas finalidades acima colimada”.

(...)

Requer a União, preliminarmente, o prequestionamento da matéria bem como o sobrestamento do feito, ao argumento da ausência de definitividade do acórdão proferido no RE nº 574.706 (artigo 1.040 do CPC), sob a alegação de que:

a) para se delimitar o alcance da matéria decidida e a uniforme replicação da tese firmada no julgamento de recursos repetitivos/repercussão geral, sua aplicação, nos termos do artigo 1.040 do CPC, pressupõe o conhecimento do inteiro teor do julgado, a expressa ciência dos fundamentos que o determinaram e sua definitividade, o que não ocorre no caso;

b) a parte adversa não sofrerá prejuízo com a demora se a exigibilidade estiver suspensa e há ministros do STF que reconhecem a prematuridade da aplicação da tese firmada no julgamento do tema nº 69 de repercussão geral.

No mérito alega, em síntese, que:

a) os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS devem integrar a base de cálculo de tais contribuições (Lei nº 10.637/2002, Lei nº 10.833/2003, Lei 9.718/98, Lei Complementar nº 70/1991, 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal e Súmulas nºs 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça);

b) o STJ em precedente recente e julgado pela sistemática dos recursos repetitivos firmou categoricamente a legalidade da incidência do ICMS na base de cálculo da COFINS e PIS (**REsp nº 1.144.469/PR**);

c) a importância do julgamento do **RE 212.209/SP** para o presente não se limita ao fato de que as discussões, se não são idênticas, em face das peculiaridades dos tributos, são na essência as mesmas;

d) com a superveniência da Lei nº 12.973/2014, os valores relativos ao ICMS compõem a receita bruta das pessoas jurídicas;

e) estabeleceu-se como base de cálculo da COFINS a receita bruta e não a líquida, ou algo que ficasse no meio do caminho entre esses dois conceitos;

f) o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais.

Contrarrazões apresentadas pela parte adversa (Id. 1363366164).

Por sua vez, o contribuinte requer que a sentença seja: "*parcialmente reformada, de modo que também seja reconhecido o direito de a Apelante recuperar os valores indevidamente recolhidos pela via do precatório*".

Resposta da União (Id. 136336162).

Manifestação do Ministério Público Federal (Id. 136786648).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019960-98.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: IMCD BRASIL FARMACEUTICOS IMPORTACAO, EXPORTACAO E REPRESENTACOES LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, IMCD BRASIL FARMACEUTICOS IMPORTACAO, EXPORTACAO E REPRESENTACOES LTDA.

Advogados do(a) APELADO: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Da apelação da União

Do pedido de sobrestamento do feito

Inicialmente, no que toca à preliminar apresentada pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - -AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Do mérito

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão dos valores de ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, nos termos da jurisprudência aludida, é de ser afastada a incidência do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Da Lei n. 12.973/14

Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade), *verbis*:

Art. 54. A Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)"

Art. 55. A Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)"

Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

"Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado, *verbis*:

Nesse sentido, de modo legítimo dispõem as atuais leis dos regimes cumulativo e não cumulativo que a base de cálculo do PIS/Cofins compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do DL nº 1.598/773, cujo §5º afirma que nela se incluem "os tributos sobre ela incidentes". Ao lado disso, aquelas mesmas leis estabelecem que não integram a base de cálculo dessas contribuições as receitas referentes a certas situações, como vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. As exclusões exemplificadas, de fato, prescindiriam de previsão legal, já que estão fora do âmbito da materialidade das contribuições em comento, o que não ocorre com o ônus financeiro do ICMS repassado para o preço da mercadoria ou do serviço e, ao fim, transferido para a receita ou o faturamento.

Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

Reconhecida a inexigibilidade, faz-se necessária a análise do pedido de restituição.

- Do prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **23/10/2019** (Id. 136335912). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

- Da necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Da compensação de valores indevidamente recolhidos

A impetrante pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguemas disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em **2019**, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Do ICMS a recolher

O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo).

Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris*:

(...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Da correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012).

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária. (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

Da apelação do contribuinte

Quanto ao pedido da apelante de recuperar os valores indevidamente recolhidos pela via do precatório, verifico que o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte orientação:

Súmula 461. *O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.*

Assim, conclui-se que ao contribuinte, após a obtenção de *decisum* judicial declaratório de seu direito, é facultada a opção pela **compensação ou restituição na via administrativa**, nos termos do **Edcl no AgRg no Resp 1176713 de 09/06/2020**, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDANDO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO POR MEIO DE PRECATÓRIO. SUMULAS 213 E 461/STJ.

ABRANGÊNCIA PERÍODO A ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. OMISSÃO. OFENSA CHARACTERIZADA. QUESTÃO NÃO EXAMINADA E IMPRESCINDÍVEL À SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271/STF.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, DIVERGINDO DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(Edcl no AgRg no REsp 1176713/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 01/07/2020).

Dessa forma, conforme se verifica no citado acórdão, "o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado, desde que não implique efeitos patrimoniais pretéritos à impetração", de modo que a sentença não deverá ser reformada.

Ante o exposto, rejeito a preliminar, nego provimento à apelação da União e à remessa oficial, bem como nego provimento à apelação do contribuinte.

É como voto.

E M E N T A

REMESSA OFICIAL. PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. APELAÇÃO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS. APELAÇÃO DO CONTRIBUINTE DESPROVIDA.

- No que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos: *Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-Agr/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-Agr/PJ, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - Agr/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-Agr/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.*

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

- A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

- Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, tal diploma normativo apenas manteve a expressão *total das receitas auferidas* (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade).

- No entanto, apesar de a mencionada lei incluir o § 5º ao artigo 12 deste decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente neste julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a este dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado.

- Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como *receita líquida* (receita bruta diminuída dos valores relativos a *devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta*). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, *caput*, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

- A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de débitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: *"válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005"*.

- A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias como montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, ceme da análise contábil ou escritural desse tributo). Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia. Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Correção monetária do indébito. Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012). No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial n.º 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

- Quanto ao pedido do contribuinte/apelante de recuperar os valores indevidamente recolhidos pela via do precatório, verifico que o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte orientação: **Súmula 461. O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.** Assim, conclui-se que ao contribuinte, após a obtenção de *decisum* judicial declaratório de seu direito, é facultada a opção pela **compensação ou restituição na via administrativa**, nos termos do **Edcl no AgRg no Resp 1176713 de 09/06/2020, in verbis: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDANDO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO POR MEIO DE PRECATÓRIO. SUMULAS 213 E 461/STJ. ABRANGÊNCIA PERÍODO A ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. OMISSÃO. OFENSA CARACTERIZADA. QUESTÃO NÃO EXAMINADA E IMPRESCINDÍVEL À SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271/STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, DIVERGINDO DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL PARCIALMENTE PROVIDO. (Edcl no AgRg no REsp 1176713/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 01/07/2020).** Dessa forma, conforme se verifica no citado acórdão, *"o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado, desde que não implique efeitos patrimoniais pretéritos à impetração"*, de modo que a sentença não deverá ser reformada.

- Preliminar rejeitada. Apelação da União e remessa oficial desprovidas. Apelação do contribuinte desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar, negar provimento à apelação da União e à remessa oficial, bem como negar provimento à apelação do contribuinte, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0611134-42.1998.4.03.6105
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OCEAN TROPICAL CREAÇÕES LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0611134-42.1998.4.03.6105
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: OCEAN TROPICAL CREAÇÕES LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta pela UNIAO FEDERAL contra a sentença que, em sede de execução fiscal, declarou a extinção do crédito tributário por força da prescrição intercorrente e julgou extinto o processo com fundamento no artigo 487, II, do CPC.

Alega, em síntese, que a intimação do *decisum* que determinou o arquivamento do feito nos termos do artigo 40 da Lei nº 6.830/80 por meio de mandado coletivo não é válida, mesmo antes do advento da Lei nº 11.033/04.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0611134-42.1998.4.03.6105
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: OCEAN TROPICAL CREAÇÕES LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Afirma a apelante que a intimação da fazenda pública sobre a suspensão do processo, realizada por meio de mandado, contrariou os artigos 25 da Lei das Execuções Fiscais e 38 da Lei Complementar nº 73/93. Contudo, não prospera tal argumento, pois a comunicação dos atos judiciais por mandado é pessoal e perfeitamente válida, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COMARCA DO INTERIOR. INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. ARTS. 25 DA LEI Nº 6.830/80, 2º DA MP Nº 2.180-35/2001 (ORIGINÁRIA Nº 1.798/99) E 237, II, DO CPC. INTIMAÇÃO VIA POSTAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial.

2. O acórdão a quo considerou, no caso, desnecessária a intimação pessoal da recorrente acerca do término do prazo de suspensão do executivo fiscal.

3. A regra cogente expressa pelo art. 25 da Lei nº 6.830/80 não permite interpretação que desvirtue o seu comando da obrigatoriedade da intimação da Fazenda Pública ser feita pessoalmente ao seu representante legal.

4. Por intimação pessoal há de se compreender a comunicação do ato processual que é procedida via mandado ou com a entrega dos autos, de modo direto, em cartório, à pessoa com capacidade processual para recebê-la. Mas isso não significa a obrigatoriedade da remessa dos autos, via postal, para que se dê por intimado o representante da Fazenda Pública.

(...)

(AgRg no REsp 945.539/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 20/09/2007, DJ 01/10/2007, destaquei).

PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR Nº 73/93. COMPROVAÇÃO. ANDAMENTO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA MERAMENTE INFORMATIVA. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Nos termos do artigo 38 da Lei Complementar nº 73/93, as intimações ou notificações do representante judicial da União devem ser feitas pessoalmente, sob pena de nulidade de todos os atos processuais, conforme o disposto nos arts. 247 e 248 do Código de Processo Civil.

II. Conforme se tem orientado esta Corte, a intimação pessoal da Fazenda pode ocorrer, seja mediante a comunicação do ato processual, via mandado, seja com a entrega direta dos autos ao representante do ente público, em cartório ou a remessa à repartição a que pertence.

III. Na hipótese dos autos, não há certidão ou qualquer comprovação de remessa dos autos à AGU, sendo certo que a "folha de movimentação processual" não constitui meio hábil à comprovação da exigência prevista na Lei Complementar nº 73/93, vez que o referido documento tem natureza meramente informativa, sem caráter oficial.

IV. Agravo interno desprovido.

(AgRg no AgRg no REsp 1132479/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 06/10/2011, DJe 14/10/2011, destaquei).

Intimada em 27.07.2001 por meio do mandado nº 05/2001 sobre a suspensão da execução (id 139097933 - Pág. 30), a alegação da União de que o processo ficou paralisado por falha do Judiciário não é razoável, assim como o requerimento de aplicação da Súmula 106 do STJ.

Por conseguinte, com a validade do fundamento que dá lastro ao reconhecimento da prescrição intercorrente, é de se manter integralmente a sentença proferida pelo juízo de origem.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. MANDADO COLETIVO. ARTIGOS 25 DA LEF E 38 DA LC/73/93. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

- Afirma a apelante que a intimação da fazenda pública sobre a suspensão do processo, realizada por meio de mandado, contrariou os artigos 25 da Lei das Execuções Fiscais e 38 da Lei Complementar nº 73/93. Contudo, não prospera tal argumento, pois a comunicação dos atos judiciais por mandado é pessoal e perfeitamente válida, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

- Intimada em 27.07.2001 por meio do mandado nº 05/2001 sobre a suspensão da execução, a alegação da União de que o processo ficou paralisado por falha do Judiciário não é razoável, assim como o requerimento de aplicação da Súmula 106 do STJ.

- Por conseguinte, com a validade do fundamento que dá lastro ao reconhecimento da prescrição intercorrente, é de se manter integralmente a sentença proferida pelo juízo de origem.

- Apeação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5011487-45.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DEMI VENDAS COMERCIAL LTDA - ME

Advogados do(a) APELADO: GUSTAVO SAMPAIO VILHENA - SP165462-A, CLAUDIO SANTINHO RICCA DELLA TORRE - SP268024-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5011487-45.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS-SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DEMI VENDAS COMERCIAL LTDA - ME

Advogados do(a) APELADO: GUSTAVO SAMPAIO VILHENA - SP165462-A, CLAUDIO SANTINHO RICCA DELLA TORRE - SP268024-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela União (Id. 124732828) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, foi proferida nos seguintes termos (Id. 124732820):

[...] “ **CONCEDO A SEGURANÇA para determinar à Autoridade Impetrada que se abstenha da exigência do crédito tributário decorrente da incidência dos valores relativos ao ICMS na base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, deferindo à Impetrante o procedimento legal de compensação de seus créditos comprovadamente recolhidos e apurados a esse título a partir de janeiro/2018, com atualização pela taxa SELIC (Lei nº 9.250/95), após o trânsito em julgado, em procedimento administrativo perante a Receita Federal do Brasil, observada a legislação vigente, conforme motivação.**

Ressalvo expressamente a atividade administrativa da Autoridade Impetrada para verificação do procedimento e apuração dos valores relativos à pretensão formulada.

Custas ex lege.

Indevidos honorários advocatícios, a teor do disposto no art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas nº 521/STF e nº 105/STJ.

Sentença sujeita a reexame necessário, consoante o art. 14, §1º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Decorrido o prazo para recursos voluntários, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Federal da 3ª Região”.

(...)

Sustenta a União, preliminarmente, que a decisão do STF no **RE 574.706**, além de encontrar-se pendente de publicação e não ser possível inferir com segurança toda a sua extensão e alcance, será ainda objeto de nova apreciação quanto à modulação de seus efeitos, a ser oportunamente postulada pela fazenda nacional, à vista das graves consequências que podem advir da sua aplicação com eficácia *ex tunc* para as finanças públicas, razão pela qual a solução mais prudente e compatível com a coerência e estabilidade que se espera de um sistema de precedentes é o sobrestamento do processo até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração (artigo 1.040 do Código de Processo Civil). No mérito, alega, em síntese, que:

a) as Leis n.º 10.637/02 e n.º 10.833/03 repetiram o determinado na Lei n.º 9.718/98, com o que permanece subsidiada legal e constitucionalmente (art. 195, inciso I, letra "b", da CF/88) a inclusão discutida;

b) os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS devem integrar a base de cálculo de tais contribuições (Lei nº 10.637/2002, Lei nº 10.833/2003, Lei 9.718/98, Lei 9.715/98, Lei Complementar nº 70/1991, 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal e Súmulas nºs 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça, EC nº 20/98);

c) a importância do julgamento do **RE 212.209/SP** não se limita ao fato de que as discussões, se não são idênticas, em face das peculiaridades dos tributos, são na essência as mesmas (a possibilidade de se considerar o valor de um tributo como custo, fazendo parte, portanto, do preço do produto ou do serviço, o qual resultará na base de cálculo do mesmo ou de outro tributo);

d) a Lei nº 12.973/2014 expressamente consignou que estão incluídos na receita bruta os tributos sobre ela incidentes (inclui o ICMS).

Pleiteia a reforma da sentença.

Contrarrazões apresentadas pela parte adversa (Id. 124732835).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5011487-45.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS-SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DEMI VENDAS COMERCIAL LTDA - ME

Advogados do(a) APELADO: GUSTAVO SAMPAIO VILHENA - SP165462-A, CLAUDIO SANTINHO RICCA DELLA TORRE - SP268024-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Do pedido de sobrestamento do feito

Observo que, no que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Do mérito

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, como requerido.

Da Lei n. 12.973/14

Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade), *verbis*:

Art. 54. A Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 55. A Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgamento as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado, *verbis*:

Nesse sentido, de modo legítimo dispõem as atuais leis dos regimes cumulativo e não cumulativo que a base de cálculo do PIS/Cofins compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do DL nº 1.598/773, cujo §5º afirma que nela se incluem “os tributos sobre ela incidentes”. Ao lado disso, aquelas mesmas leis estabelecem que não integram a base de cálculo dessas contribuições as receitas referentes a certas situações, como vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. As exclusões exemplificadas, de fato, prescindiriam de previsão legal, já que estão fora do âmbito da materialidade das contribuições em comento, o que não ocorre com o ônus financeiro do ICMS repassado para o preço da mercadoria ou do serviço e, ao fim, transferido para a receita ou o faturamento.

(páginas 96 e 97 – voto do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli)

Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

Reconhecida a inexigibilidade, faz-se necessária a análise do pedido de restituição.

Do prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: “válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **16/11/2018** (Id. 124732798). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Da necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP** e do **Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

Da compensação de valores indevidamente recolhidos

A impetrante pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996: *(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)*

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. *(trecho alterado)*

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2018, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Da correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. *(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)*.

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária. *(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)*.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento à apelação da União e à remessa oficial.

É como voto.

E M E N T A

REMESSA OFICIAL. PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. APELO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL. DESPROVIDAS.

- Inicialmente, no que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados.

- Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos: *Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683-AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.*

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

- A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditiu seu voto. Plenário, 15.3.2017.

- Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão *total das receitas auferidas* (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade).

- No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado.

- Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como *receita líquida* (receita bruta diminuída dos valores relativos a *devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta*). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, *caput*, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

- A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de débitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*".

- A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. A ação foi proposta em 2018, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Correção monetária do indébito. Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012). No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial n.º 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

- Rejeitada a preliminar. Remessa oficial e apelação da União desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar e negar provimento à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÓNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000512-92.2018.4.03.6127

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000512-92.2018.4.03.6127

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por NESTLÉ DO BRASIL LTDA. em face da r. sentença julgou improcedentes os seus embargos à execução fiscal.

A apelante alega, preliminarmente, a necessidade de produção de prova pericial técnica. Defende a ausência de comprovação do envio da comunicação de perícia no prazo legal, o que teria implicado violação ao direito de defesa da autuada. No mérito, alega nulidade do auto de infração e do processo administrativo, ante a inexistência de regulamento para quantificação da multa, bem como de motivação, ante a ausência de informações essenciais de especificação e quantificação da multa. Defende a necessidade de intervenção do judiciário no poder discricionário da administração. Sustenta o rígido controle interno de produção e envasamento e a impossibilidade de a embalagem ter saído do estabelecimento abaixo do peso. Alega que a aplicação da penalidade de multa no processo administrativo não atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser reduzido o valor da multa aplicada.

Apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000512-92.2018.4.03.6127

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICANOBRE

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, cabe ressaltar que a prova é dirigida ao Juiz da causa, cabendo ao magistrado examinar, caso a caso, a necessidade ou não da produção da prova requerida para o julgamento dos feitos, conforme seu convencimento. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO. INEXISTÊNCIA DE RISCO DE DANO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O fato de o juiz, como destinatário da prova que é, ter entendido que, naquele momento em que requerida, não se fazia necessária a sua produção por meio de perícia, indeferindo-a, não evidencia risco de dano grave ou de difícil reparação, até porque, caso venha a considerá-la indispensável, poderá determinar sua realização a qualquer tempo. Assim, a decisão do magistrado que reteve o agravo interposto contra tal determinação não se mostra abusiva, teratológica, nem evidencia risco de lesão de grave e difícil reparação.

2. Inexistência de direito líquido e certo, demonstrado de plano, a ser amparado por mandado de segurança.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no RMS 33.996/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 02/03/2012).

E, mesmo que assim não fosse, no caso concreto, a prova pericial pleiteada pela recorrente afigura-se claramente impertinente, pois ela pretendia a apuração do peso em "produtos semelhantes" e não a produção de contraprova relativa aos produtos efetivamente analisados pela requerida e que levaram à imposição da multa.

No que toca à comunicação acerca da perícia no processo administrativo, o art. 26 da Lei 9.784/99 dispõe ser legítima a intimação de diligências por qualquer meio, desde que se assegure a certeza da ciência ao interessado (Precedente: TRF3, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL/SP 5000499-93.2018.4.03.6127, 4ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 05/03/2020, Rel. Des. Federal Marli Marques Ferreira).

Desta forma, plenamente válida a notificação via fax para acompanhamento da perícia em âmbito administrativo, ainda mais quando há comprovante de envio ao destinatário, demonstra a sua ciência inequívoca (doc. id nº 89996079 – pag. 16/18).

Além disso, não prospera a alegação de nulidade da comunicação da perícia ante a inobservância da antecedência mínima de três dias úteis, conforme previsão do artigo 26, § 2º, da Lei nº 9.784/99, uma vez que a questão não foi aventada na impugnação administrativa apresentada pela empresa autuada, dado que a ela foi garantido o acesso ao contraditório e à ampla defesa, não tendo ficado demonstrado qualquer prejuízo à parte.

Com efeito, os princípios da instrumentalidade e da ausência de nulidade sem prejuízo (pas de nullité sans grief) aplicam-se também ao processo administrativo, somente sendo possível decretar a nulidade do processo se comprovado o efetivo prejuízo às partes.

Nesse sentido, segue julgado desta C. 4ª Turma:

“ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. INTIMAÇÃO SOBRE A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. ARTIGO 26, § 2º, DA LEI N.º 9.784. AUSÊNCIA COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. GARANTIA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO VERIFICADA. RECURSO PROVIDO.

- Não obstante a inobservância do prazo de três dias previsto no artigo 26, § 2º, da Lei n.º 9.784, a alegada nulidade de ausência de intimação para perícia no prazo legal não foi aventada na impugnação administrativa apresentada pela empresa autuada e questão somente foi apontada com a oposição dos embargos à execução fiscal.

- Não restou demonstrado pela parte o prejuízo decorrente da ausência de comunicação, dado que a ela foi garantido o acesso ao contraditório e à ampla defesa. O mesmo raciocínio utilizado na condução do processo judicial se aplica ao caso: de acordo com a moderna ciência processual, que coloca em evidência o princípio da instrumentalidade e o da ausência de nulidade sem prejuízo (pas de nullité sans grief), antes de se anular todo o processo ou determinados atos, atrasando, muitas vezes em anos, a prestação jurisdicional, deve-se perquirir se a alegada nulidade causou efetivo prejuízo às partes (REsp 1246481/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 02.04.2013, DJe 10.04.2013). Precedentes desta corte.

- Apelação do INMETRO provida.” (ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL/SP, 5002087-86.2018.4.03.6111, 4ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/06/2020, Rel. Des. Federal André Nabarrete Neto)

Por último, convém observar ser pacífico o entendimento de que não é obrigatória a presença da empresa responsável pelo produto no momento da perícia.

Posto isto, a Lei 9.933/1999 atribuiu ao INMETRO competência para elaborar regulamentos técnicos na área de Metrologia. A Portaria 248/2008 do INMETRO aprovou o Regulamento Técnico Metrologico, fixando critérios para verificação do conteúdo líquido de produtos pré-medidos comercializados em unidades de massa e de volume de conteúdo nominal igual.

A análise dos documentos que constam dos autos, em especial a íntegra do procedimento administrativo que culminou com a aplicação da penalidade ora questionada, evidencia que esta foi imposta porque seus produtos foram reprovados no exame técnico laboratorial pelo critério da média, o que caracteriza falha sistêmica, posto que lesa o consumidor de pouco em pouco mas ao final, cumulativamente, em grande quantidade, considerando todo o universo de adquirentes do produto.

Por outro lado, ao contrário do que sustenta a recorrente, os Termos de Coleta de Produtos Pré-Medidos nº 1211484, 1211036 e 1211505 exibem todas as informações legalmente previstas e necessárias ao exercício da ampla defesa, porquanto fazem referência ao produto, à marca, à embalagem, à quantidade amostral, ao valor nominal, ao lote, à validade e à condição dos produtos analisados (doc. id nº 89996079 – pag. 13/15).

Ademais, consta do procedimento administrativo inclusive a imagem da embalagem de um dos produtos analisados, em que há a data de validade do mesmo e o lote de fabricação.

De outra feita, os Laudos de Exame Quantitativo evidenciam o número de produtos analisados, sujeitos aos parâmetros de controle ali especificados, de tal sorte que, como restou incontroverso, embora as amostras consideradas estivessem dentro da variação aceitável para o critério individual, restou demonstrada a variação a menor no peso médio dos produtos, abaixo do mínimo aceitável (doc. id nº 89996079 – pag. 06/12).

Assim, não há que se falar em nulidade do auto de infração em razão da ausência de informações essenciais, pois a partir da referida documentação é possível ter perfeita compreensão da natureza e da dimensão do ato ilícito.

Quanto à aplicação da penalidade, a inexistência de regulamento fixando os critérios e procedimentos para a fixação da pena de multa, na forma do artigo 9º-A da Lei 9.933/99, não retira a plena eficácia do artigo 9º deste mesmo diploma legal, cuja aplicabilidade é imediata e decorre da sua vigência.

No caso dos autos, a aplicação da pena de multa no montante fixado restou devidamente motivado na decisão administrativa de doc. id nº (doc. id nº 89996132 – pag. 01/02), tendo constado que: *“Para aplicação da penalidade, deverão ser obedecidos os limites dos valores estabelecidos no art. 9º, caput, da Lei nº 9933/1999, considerando-se as diretrizes definidas nos parágrafos primeiro, segundo do mesmo artigo, assim como aquelas previstas no art. 20 do Regulamento Administrativo aprovado pela Resolução CONMETRO nº 08/2006.”.*

Ademais, ao contrário do que sustenta em suas alegações, a infração constatada não é insignificante, porquanto ainda que a lesão individual ao consumidor seja pequena, a autora coloca no mercado de consumo produto com peso inferior ao informado, lesando o consumidor em escala e permitindo que tal falha lhe beneficie economicamente em escala.

Além disso, ressalto que, como informa a própria apelante, o fato de o controle interno de seus produtos ser rigoroso, no máximo, aponta para que ela sabia ou tinha como saber que a média de peso daqueles produtos estava abaixo do normativamente permitido, caracterizando de forma ainda mais pungente sua responsabilidade pela infração.

A afirmação pura e simples de que, se houve variação de peso, esta decorreu de fatores não relacionados à apelante se apresenta completamente despida de comprovação e caracteriza mera conjectura, não podendo, por certo, abalar a higidez do ato administrativo questionado em que constou, inclusive, a menção de que as amostras colhidas se encontravam em perfeito estado de inviolabilidade.

No mais, não há qualquer obrigatoriedade de que a pena de multa seja antecedida pela de advertência, pois as diversas penas legalmente previstas podem ser aplicadas de modo conjunto ou isolado, analisadas as circunstâncias do caso e, ainda, a discricionariedade administrativa.

A aplicação de multa consiste em ato discricionário da Administração Pública, cujo mérito administrativo não comporta revisão judicial a menos que o ato esteja eivado de vício de legalidade.

No presente caso, a multa observou os limites mínimo e o máximo aplicáveis para a infração, nos termos do art. 9º da Lei 9.933/99, de modo que não feriu os princípios da legalidade, da razoabilidade ou da proporcionalidade, sendo vedado ao Poder Judiciário interferir no mérito administrativo do ato, sob pena de violar a garantia constitucional da separação dos poderes.

Em casos semelhantes, envolvendo a mesma empresa e infrações semelhantes, mas relativas a outros produtos, esta Corte já se manifestou nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO RETIDO. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES METROLÓGICAS. SUBSISTÊNCIA DAS MULTAS APLICADAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 12. CDC.

1. Pedido de efeito suspensivo à apelação rejeitado por não vislumbrar qualquer das hipóteses previstas no § 4º do art. 1.012 do Código de Processo Civil de 2015. O apelante não demonstrou a probabilidade do provimento do recurso e, por não ser relevante sua fundamentação, resta prejudicada a alegação de risco de dano grave ou de difícil reparação.
2. Embora o art. 369 do CPC/15 permita a produção de todos os meios de prova legais, bem como os moralmente legítimos, de forma a demonstrar a verdade dos fatos, é certo que referida norma não autoriza a realização da prova que se mostre desnecessária ou impertinente ao julgamento do mérito da demanda.
3. No caso em questão, tratando-se de matéria de direito e de fato e estando comprovada documentalmente nos autos a infração cometida pelo embargante, não há que se falar em necessidade de prova pericial, ao passo que o auto de infração descreve minuciosamente os fatos verificados e as infrações cometidas, cujo anexo traz o laudo de exame quantitativo dos produtos medidos que, por sua vez, detalham os valores de medição encontrados.
4. Ademais, como bem ressaltou o MM Juiz a quo, Não há qualquer justificativa para perícia em outras mercadorias de forma aleatória, posto que elas não têm qualquer relação com as amostras já analisadas e muito menos com a realidade do caso em tela.
5. Não há qualquer irregularidade formal no ato administrativo, já que observou as exigências previstas na Resolução Conmetro nº 08/2006. Outrossim, não há exigência de que o auto de infração contenha informações acerca da data de fabricação e do lote das amostras, sem que tal ausência tenha o condão de causar qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa pela embargante que, aliás, foi devidamente intimada a acompanhar a realização da perícia.
6. A multa aplicada pelo Inmetro é originária de Auto de Infração decorrente da constatação, por agente autárquico, da infração ao disposto no art. 1º e 5º da Lei nº 9.933/99 c/c o item 3, subitem 3.1, tabela II do Regulamento Técnico Metroológico, aprovado pelo art. 1º da Portaria Inmetro 248/08, devido à verificação de o produto BEBIDA LÁCTEA FERMENTADA COM POLPA DE MORANGO, MARCA NESTLÉ, embalagem plástica, conteúdo nominal 540g, comercializado pelo autuado, exposto à venda, ter sido reprovado, em exame pericial quantitativo, no critério da média.
7. É de se observar que a autuação caracterizou os produtos examinados, sendo suficientes as informações constantes dos autos, que descreveram minuciosamente os fatos verificados e as infrações cometidas, constando, ainda, Laudos de Exame Quantitativo dos produtos medidos que detalham os valores de medição encontrados, sem que se possa falar em quaisquer vícios passíveis de anular o ato em questão.
8. Por sua vez, o autuado, devidamente intimado acerca da autuação, não apresentou elementos que pudessem afastar a presunção de legitimidade dos laudos elaborados pela fiscalização, impondo-se, assim, a manutenção da sanção aplicada.
9. A responsabilidade dos fornecedores de bens e serviços, conforme dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva, e independe de culpa ou dolo por parte do agente.
10. A colocação de produto no mercado com peso inferior ao informado na embalagem acarreta dano ao consumidor e vantagem indevida ao fornecedor, sendo que, no caso em questão, conforme restou demonstrado no auto de infração, a maioria das amostras fiscalizadas estava com peso inferior ao descrito na embalagem, sem que se possa falar em princípio da insignificância ou na conversão da pena de multa em advertência, mesmo porque, verifica-se dos autos a reincidência da embargante em infrações do mesmo gênero.
11. A multa foi aplicada no valor de R\$ 8.775,00, levando em consideração, preponderantemente, a natureza da atividade, os antecedentes da autuada, sua situação econômica e o número de irregularidades, sem que se faça necessária a redução do valor.
12. Agravo retido improcedente. Apelação improvida." (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2173230 - 0002516-95.2015.4.03.6127, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2016)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INMETRO. AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUTUAÇÃO VÁLIDA.

1. Inexistente cerceamento de defesa no indeferimento de produção de prova pericial, pois cabe ao Juiz, segundo o princípio do livre convencimento motivado, deferir, indeferir ou determinar, de ofício, a realização de prova necessária ao julgamento do mérito da causa. Ainda que as partes insistam sobre a necessidade de tal ou qual diligência, não se pode considerar ilegítima, liminarmente, a dispensa da produção de prova que, na avaliação do magistrado, é desnecessária à formação de sua convicção.
2. A Lei 9.933/1999 atribuiu ao INMETRO a atribuição de elaborar regulamentos técnicos na área metroológica, tendo sido aprovado o Regulamento Técnico Metroológico pela Portaria 248/2008, fixando critérios para verificação do conteúdo líquido de produtos pré-medidos comercializados em unidades de massa e de volume de conteúdo nominal igual.
3. Consta dos autos que a embargante foi autuada, pela fiscalização do INMETRO, "por verificar que o produto CALDO DE COSTELA, marca MAGGI, embalagem PAPELÃO, conteúdo nominal 63g, comercializado pelo autuado, exposto à venda, foi reprovado, em exame pericial quantitativo, no critério média conforme Laudo de Exame Quantitativo de Produtos Pré-Medidos, número 1341950, que faz parte integrante do presente auto", o que constitui "infração ao disposto nos artigos 1º e 5º, da Lei nº 9933/1999, c/c o item 3, subitem 3.1, tabelas II, do Regulamento Técnico Metroológico, aprovado pelo art. 1º da Portaria INMETRO nº 248/2008".
4. Infundada a alegação de nulidade, pois o auto de infração exhibe todas as informações necessárias à ampla defesa do autuado, nos termos da Resolução CONMETRO 08/2006, constando, ainda, do Laudo de Exame Quantitativo a referência aos dados do Termo de Coleta 1532664, ambos com a plena identificação do quanto restou coletado e analisado, especificando os dados referentes ao produto, marca, tipo de embalagem, quantidade de amostras, valor nominal, lote de fabricação e validade.
5. O Laudo de Exame Quantitativo indicou a coleta de trinta e duas amostras do produto em questão, sujeito, segundo normas metroológicas, aos seguintes parâmetros de controle: tolerância individual de 4,5g e média mínima aceitável de 62,2g. Todavia, apesar das amostras terem sido aprovadas no critério individual, houve reprovação no critério da média, sendo que, no caso, a média somente atingiu 60,9g, com desvio padrão de 1,61g, de sorte a comprovar que houve regular apuração da infração, sendo, pois, válida a autuação da autora.
6. A jurisprudência é assente no sentido da validade da autuação em casos mesmo de reprovação das amostras, ainda que apenas sob um dos critérios de aferição, seja o individual, seja o do lote.
7. A multa foi aplicada com atenta indicação da fundamentação fática e jurídica respectiva, em valor de R\$ 12.900,00, acima do piso de R\$ 100,00, mas longe do teto de R\$ 50.000,00, previsto para infrações leves (artigo 9º, I, da Lei 9.933/1999), não cabendo cogitar, pois, de ofensa às normas de regência das penalidades aplicáveis, ou aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mesmo porque ainda indicado no curso do processo administrativo, sem impugnação, a reincidência da autora na infração, não sendo cabível, pois, a conversão da penalidade em advertência.
8. Seja pelo ângulo da apuração técnica da infração, seja pelo aspecto do enquadramento da conduta com base na legislação aplicável, não existe qualquer vício ou ilegalidade a decretar, tendo sido regular a apuração da infração e aplicação da respectiva penalidade, em conformidade com a firme e consolidada jurisprudência.
9. Agravo retido e apelação desprovidos." (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2172932 - 0002834-78.2015.4.03.6127, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 25/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2016)

A r. sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, **nego provimento** à apelação nos termos acima consignados.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INMETRO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NÃO OCORRÊNCIA. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO DESPROVIDO.

- A Lei 9.933/1999 atribuiu ao INMETRO competência para elaborar regulamentos técnicos na área de Metrologia. A Portaria 248/2008 do INMETRO aprovou o Regulamento Técnico Metroológico, fixando critérios para verificação do conteúdo líquido de produtos pré-medidos comercializados em unidades de massa e de volume de conteúdo nominal igual.

- Os Termos de Coleta de Produtos Pré-Medidos nº 1211484, 1211036 e 1211505 exibem todas as informações legalmente previstas e necessárias ao exercício da ampla defesa, porquanto fazem referência ao produto, à marca, à embalagem, à quantidade amostral, ao valor nominal, ao lote, à validade e à condição dos produtos analisados.

- Embora as amostras consideradas estivessem dentro da variação aceitável para o critério individual, restou demonstrada a variação a menor no peso médio dos produtos, abaixo do mínimo aceitável.

- A aplicação de multa consiste em ato discricionário da Administração Pública, cujo mérito administrativo não comporta revisão judicial a menos que o ato esteja eivado de vício de legalidade.

- No presente caso, a multa observou os limites mínimo e o máximo aplicáveis para a infração, nos termos do art. 9º da Lei 9.933/99, de modo que não feriu os princípios da legalidade, da razoabilidade ou da proporcionalidade, sendo vedado ao Poder Judiciário interferir no mérito administrativo do ato, sob pena de violar a garantia constitucional da separação dos poderes.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000128-80.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: JOSE ANTONIO GIMENES

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO BONATTO SCAQUETTI - SP255325-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000128-80.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: JOSE ANTONIO GIMENES

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO BONATTO SCAQUETTI - SP255325-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOSÉ ANTÔNIO GIMENES contra a decisão de id. 1551952 que, em sede de execução fiscal, rejeitou a exceção de pré executividade oposta.

Alega o agravante, em síntese, que há nulidade do título executivo porquanto não foi intimado acerca da existência de processo administrativo e da necessidade de apresentação de documentos comprobatórios junto a Receita Federal do Brasil. Sustenta que a citação editalícia não poderia ter se realizado sem a tentativa de intimação por correio e que não houve mudança de endereço, razão pela qual não se justifica o uso do edital.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido.

Apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000128-80.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: JOSE ANTONIO GIMENES

VOTO

A alegação de nulidade do título em virtude da intimação por edital procedida no processo administrativo fiscal não merece ser acolhida. O artigo 23 do Decreto nº 70.235/72 disciplina os meios de intimação, estabelecendo que a comunicação dos atos em processo administrativo fiscal federal se dará, *a priori*, de forma pessoal, via postal ou por meio eletrônico, sem ordem de preferência.

Ao contrário da situação preconizada na Súmula nº 414 do C. STJ, com a sua aplicabilidade restrita a processos judiciais regulados pelo Código de Processo Civil e Lei de Execuções Fiscais, esta mesma Corte Superior já definiu que, havendo a tentativa efetiva por parte dos Correios em efetuar a entrega da intimação e sendo esta negativa, a autoridade fiscal federal pode assim proceder por edital, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ART. 23 DO DECRETO 70.235/72. POSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO POR EDITAL APÓS TENTATIVA IMPROFÍCUA DE INTIMAÇÃO VIA POSTAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 23, § 1o. do Decreto 70.235/72, que regulamenta o processo administrativo fiscal, é possível a intimação do contribuinte por edital após frustrada a tentativa por carta com aviso de recebimento. Precedente: REsp. 1.296.067/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 14.09.2012.

2. No caso dos autos, segundo afirma o próprio recorrente, embora o endereço para o qual foi remetida a intimação seja o mesmo em que intimado outras vezes, e, inclusive, citado para a execução fiscal, não foi possível a entrega da correspondência. Não havendo qualquer notícia de irregularidade no envio da correspondência pelo Fisco, é possível concluir inexistir nulidade na intimação realizada por edital após a tentativa de intimação via postal. Precedentes: REsp. 959.833/SC, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 10.12.2009, e REsp. 998.285/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 09.03.2009.

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1328251/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 07/08/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NOS TERMOS DO ART. 23, § 1o. DO DECRETO 70.235/72, É POSSÍVEL A INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE POR EDITAL APÓS FRUSTRADA A TENTATIVA POR CARTA COM AVISO DE RECEBIMENTO. PRECEDENTES. TODAVIA, IN CASU, NÃO SE PODE CONSIDERAR SEQUER TENTADA A INTIMAÇÃO PELA VIA POSTAL, UMA VEZ QUE NÃO FOI ENTREGUE AO DESTINATÁRIO, PORQUE SEU ENDEREÇO NÃO FOI PROCURADO, CONFORME INFORMAÇÃO DOS CORREIOS. NESTE CASO, NÃO HÁ COMO CONCLUIR-SE TER SIDO IMPROFÍCUA A DILIGÊNCIA, OU SEJA, INÚTIL, NOS TERMOS DO CITADO DISPOSITIVO LEGAL, PELO QUE É NULA A INTIMAÇÃO POR EDITAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que, nos termos do art. 23, § 1o. do Decreto 70.235/72, que regulamenta o processo administrativo fiscal, é possível a intimação do contribuinte por edital após frustrada a tentativa por carta com aviso de recebimento. Precedentes: AgRg no REsp. 1.328.251/SC, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 07.08.2013, REsp. 1.296.067/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 14.09.2012 e REsp. 959.833/SC, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 10.12.2009.

2. (...).

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1406529/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2014, DJe 06/08/2014)

No mesmo sentido já se posicionou esta Quarta Turma em caso similar:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE INTIMAÇÃO REALIZADA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO VIA POSTAL. INFRUTÍFERA. EDITAL. POSSIBILIDADE. DECRETO Nº 70.235/92.

- Nos termos do artigo 23, do Decreto nº 70.235/92, a intimação dos atos administrativos poderá ocorrer pessoalmente, via postal e por meio eletrônico e que, no caso de resultar improficuo um dos meios previstos, poderá ser feita por edital.

- No caso dos autos, em pese a recorrente alegue a nulidade na intimação em 13 (treze) processos administrativos e apenas traga documentos referentes a alguns deles, é certo que há cópias de telas do sistema da Receita Federal que indica que houve intimação via postal (AR), no endereço que a recorrente alega ser o correto para o período, com indicação de número de rastreamento dos Correios e indicação da situação "mudou-se".

- Em razão da intimação via postal ter sido improficua, nos termos do Decreto nº 70.235/92, foi publicado edital de intimação.

- Não se vislumbra qualquer mácula no ato administrativo que ocorreu no termos da legislação pertinente, não socorrendo a alegação da recorrente de que o endereço estava correto e que não razão ou fato que conduza à aceitação da devolução dos mandados sem cumprimento.

- O artigo 23, do Decreto nº 70.235/92, dispõe ainda que os meios de intimação previstos ali previstos não estão sujeitos a ordem de preferência e que, portanto, não há necessidade de se esgotar uma modalidade para somente após utilizar a outra.

- Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5023124-09.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 14/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/10/2018)

No caso dos autos, a agravada comprova em sede de contrarrazões que a declaração de rendimentos apresentada à Secretaria da Receita Federal no ano de 2014 apresentou como endereço do declarante a "Rua Pedroso Alvarenga, 313, Apto 101". Por sua vez, o termo de intimação relativo ao processo administrativo expedido em 29.09.2014 foi enviado para o endereço constante da referida declaração (id. 81312718).

Portanto, nos termos do art. 23 §4º, I do Decreto n. 70.235/72, a intimação por via postal foi realizada no domicílio tributário do sujeito passivo e, tratando-se de intimação infrutífera, regular o uso do edital nos termos do parágrafo 1º do aludido artigo 23.

Conforme bem salientado pela r. decisão recorrida, o recorrente não se desincumbiu do ônus de trazer aos autos prova da alegada nulidade da intimação no âmbito do processo administrativo. Logo, conforme entendimento acima esposado, a intimação editalícia se revela absolutamente válida, não sendo o caso de anulação do lançamento sob este motivo.

Por tais razões, nego provimento ao agravo de instrumento.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ART. 23 DO DECRETO 70.235/72. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. FRUSTRAÇÃO DA INTIMAÇÃO POSTAL REALIZADA NO ENDEREÇO DO CONTRIBUINTE. REALIZAÇÃO DE INTIMAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

-A alegação de nulidade do título em virtude da intimação por edital procedida no processo administrativo fiscal não merece ser acolhida. O artigo 23 do Decreto nº 70.235/72 disciplina os meios de intimação, estabelecendo que a comunicação dos atos em processo administrativo fiscal federal se dará, a priori, de forma pessoal, via postal ou por meio eletrônico, sem ordem de preferência.

- Ao contrário da situação preconizada na Súmula nº 414 do C. STJ, com a sua aplicabilidade restrita a processos judiciais regulados pelo Código de Processo Civil e Lei de Execuções Fiscais, esta mesma Corte Superior já definiu que, havendo a tentativa efetiva por parte dos Correios em efetuar a entrega da intimação e sendo esta negativa, a autoridade fiscal federal pode assim proceder por edital.

- No caso dos autos, a agravada comprova em sede de contrarrazões que a declaração de rendimentos apresentada à Secretaria da Receita Federal no ano de 2014 apresentou como endereço do declarante a "Rua Pedroso Alvarenga, 313, Apto 101". Por sua vez, o termo de intimação relativo ao processo administrativo expedido em 29.09.2014 foi enviado para o endereço constante da referida declaração (id. 81312718).

- Portanto, nos termos do art. 23 §4º, I do Decreto n. 70.235/72, a intimação por via postal foi realizada no domicílio tributário do sujeito passivo e, tratando-se de intimação infrutífera, regular o uso do edital nos termos do parágrafo 1º do aludido artigo 23.

- O recorrente não se desincumbiu do ônus de trazer aos autos prova da alegada nulidade da intimação no âmbito do processo administrativo.

- Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000142-20.2017.4.03.6137

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PROMOM INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: ANDRE RODRIGUES PEREIRA DA SILVA - SP244388-A, OSVAIR PEDRO DA SILVA - SP210231-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO (198) Nº 5000142-20.2017.4.03.6137

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADA: PROMOM INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: ANDRE RODRIGUES PEREIRA DA SILVA - SP244388-A, OSVAIR PEDRO DA SILVA - SP210231-A

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática, à qual, deu parcial provimento à apelação por ela interposta, para que seja observado o disposto no artigo 85, §§ 3º e 4º, II, do CPC/2015.

A agravante requer o sobrestamento do processo até o julgamento definitivo do RE 574.706. Ademais, sustenta o entendimento de que a parcela do ICMS a ser excluída da base de cálculo da COFINS e do PIS é aquela atinente ao ICMS a recolher.

Instada a se manifestar, a agravada não apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO INTERNO (198) Nº 5000142-20.2017.4.03.6137

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A questão ora discutida foi objeto de análise nos presentes autos pela decisão recorrida.

Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Registre-se que a diretriz jurisprudencial firmada deve ser observada pelos demais Tribunais, como tem reiteradamente decidido o próprio STF, que, inclusive, tem aplicado a orientação firmada a casos similares. Nesse sentido: ARE 1122640/ES; RE nº 939.742/RS, RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC e RE 1004609.

Ademais, cabe destacar que não há qualquer determinação do STF de suspensão nacional dos processos que versem sobre a matéria.

Quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS, RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC e RE 1004609.

No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

Dessa forma, não merece prosperar o argumento no sentido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS apenas do ICMS efetivamente pago, mantendo na base das exações tanto os créditos de ICMS nas operações anteriores quanto os valores que não forem efetivamente recolhidos ao sujeito ativo do ICMS.

Ademais, em recente decisão proferida pelo ministro Gilmar Mendes, em que cita o julgamento do RE 574.706, assim esclarece: "(...) o Supremo Tribunal Federal afirmou que o montante de ICMS destacados nas notas fiscais não constituem receita ou faturamento, razão pela qual não podem fazer parte da base de cálculo do PIS e da COFINS". (RE 954262, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 20/08/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 22/08/2018 PUBLIC 23/08/2018).

As razões recursais não contrapõem os fundamentos do *r. decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, consoante fundamentação.

É o meu voto.

E M E N T A

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do *r. decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002154-75.2009.4.03.6104

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: AHCOR IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LUCIANA LOPES MONTEIRO PACE - SP137552-A

APELADO: AHCOR IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: LUCIANA LOPES MONTEIRO PACE - SP137552-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002154-75.2009.4.03.6104

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: AHCOR IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LUCIANA LOPES MONTEIRO PACE - SP137552-A

APELADO: AHCOR IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: LUCIANA LOPES MONTEIRO PACE - SP137552-A

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa oficial e apelações interpostas pela UNIÃO FEDERAL e por AHCOR IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA, visando a reforma da r. sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito quanto aos pedidos constantes na inicial (a.1 a a.4 e b) e julgou procedente o pedido de anulação do auto de infração que originou o PANº 11128.009683/2008-14.

Em suas razões, a União Federal sustenta, em síntese, que o procedimento de fiscalização foi efetuado de forma regular, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa. Pede a reforma parcial do julgado.

Já a autora, em seu apelo, aduz, em síntese, a necessidade do julgamento de mérito quanto aos pedidos formulados nos itens a.2 e a.3, para anular o ato de intimação perpetrado por meio do "EDITAL DE INTIMAÇÃO Nº 158", bem como para anular a declaração de inaptidão da inscrição da APELANTE no CNPJ.

Comcontrarrazões.

É o Relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002154-75.2009.4.03.6104

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: AHCOR IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LUCIANA LOPES MONTEIRO PACE - SP137552-A

APELADO: AHCOR IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: LUCIANA LOPES MONTEIRO PACE - SP137552-A

VOTO

No presente caso, o feito foi extinto, sem resolução do mérito, ao argumento de que restou configurada a litispendência quanto aos pedidos constantes na inicial (a.1 a a.4 e b).

Todavia, diferentemente do consignado, não restou configurada a litispendência.

Ora, o escopo da medida cautelar nº 0010082-14.2008.4.03.6104 é justamente a antecipação dos efeitos da tutela pretendida com a ação principal, enquanto pendente de julgamento a apelação ali interposta.

Anote-se que, na medida cautelar, parte dos pedidos foram julgados procedentes e outros não. Todavia, repita-se, a função da medida cautelar é sempre de prevenção e se sujeita às disposições legais que regem tal ação.

Os pedidos formulados na cautelar, em geral, podem e devem ser analisados na ação principal, ou seja, neste feito, até mesmo porque o provimento cautelar objetivava somente a **suspensão dos efeitos dos atos ora questionados até o julgamento da principal**.

Assim, ao não apreciar tais pedidos nesta ação – principal, com o trânsito em julgado, não teremos um provimento definitivo quanto ao mérito em relação aos pedidos constantes nos itens A2 e A3 (anulação da intimação efetivada pelo "EDITAL DE INTIMAÇÃO Nº 158", e a declaração de inaptidão da inscrição da APELANTE no CNPJ. Logo, não alcançada a tutela jurisdicional pretendida.

Posto isto, anote-se que, em relação a tais pedidos, a sentença há ser anulada, com a apreciação do mérito, com fundamento no art. 1.013, § 3º, I do CPC/2015.

Passo, então, à análise dos pedidos.

Quanto à anulação do auto de infração nº 11128.009683/2008-14, que converteu em multa a penalidade de perdimento aplicada às mercadorias por ela importadas após 01/02/2003, sanção essa imposta no bojo do procedimento especial de fiscalização (IN SRF nº 228/2002) e de declaração de inaptidão do CNPJ (IN SRF nº 558/2005), é certo que o ato administrativo impugnado teve origem em procedimento especial concluído sumariamente "em razão da falta de apresentação dos documentos ou manifestação dos representantes da pessoa jurídica" que pudessem comprovar a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações de comércio exterior (fls. 101/102 – id. 104548236).

Findo o procedimento especial de fiscalização, seguiu-se o procedimento objetivando a declaração da inaptidão do CNPJ do autor.

Em razão da ausência de defesa, apesar de realização de intimação ficta (por Edital) para sua apresentação, a representação foi acolhida, declarando-se a inaptidão do CNPJ da requerente.

Acolhida a representação fiscal, considerou-se imposta a penalidade de perdimento de todas as mercadorias importadas nos últimos cinco anos, determinando-se, a seguir, através da intimação ALF nº 01/08, a apresentação indiscriminada de todas as mercadorias desembaraçadas entre 2003 a 2005, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 618, 1º do Decreto nº 4.545/2002 (fl. 294/295 – id. 123065618).

Todavia, da documentação juntada aos autos, depreende-se que as penalidades de perdimento e de inaptidão do CNPJ não foram precedidas de intimação pessoal para apresentação de defesa, após individualização das condutas consideradas ilícitas.

A União Federal, sustenta a legalidade de sua conduta, em razão do disposto no art. 42, da Instrução Normativa nº 568/2005:

"Art. 42. O Delegado da DRF, da Derat, da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização (Defic) ou da Deinf, com jurisdição sobre o domicílio tributário da pessoa jurídica, acatando a representação referida no parágrafo único do art. 41, suspenderá sua inscrição no CNPJ, intimando-a, por meio de edital publicado no DOU, a regularizar, no prazo de trinta dias, sua situação ou contrapor as razões da representação".

Conforme disciplina o art. 23 do Decreto nº 70.235/72, a intimação do contribuinte deve ser, preferencialmente, pessoal ou por via postal, telegráfica ou eletrônica, sempre comprova do recebimento. Apenas quando se mostrar infrutífero um desses meios é que se poderá realizar a intimação através de publicação de Edital. Tal disposição, em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa, busca assegurar a efetiva ciência do contribuinte acerca dos atos do processo administrativo, deixando apenas como última hipótese a intimação ficta operada por meio do Edital.

Portanto, a notificação editalícia somente se justifica se fôrem esgotadas as tentativas de notificação pessoal, por encontrar-se o sujeito passivo em local incerto e não sabido.

No caso dos autos, vejo que a sentença assim decidiu em relação ao tópico em questão – fl. 802-verso:

(...)

Ou seja, a intimação ficta (por edital) é medida subsidiária, não existindo autorização legal para que se realize a intimação por edital diretamente, sem prévia tentativa de localização do contribuinte no seu domicílio fiscal. Ressalte-se que a Lei Geral de Processo Administrativo afasta a possibilidade de intimação ficta do interessado, impondo que o ato seja realizado por meio idôneo para cientificar o interessado. Como os diversos diplomas legais que regulam o processo administrativo impõem que a autoridade administrativa diligencie para intimar pessoalmente o interessado, tenho que a IN/SRF nº 568/2005 (artigo 42) exorbitou dos limites legais e constitucionais ao determinar que a intimação para apresentação de defesa do contribuinte no bojo do procedimento instaurado para fins de inaptidão de CNPJ (representação fiscal) seja efetuada por edital. Cumpre destacar, em relação à impossibilidade de intimação por edital para o exercício de defesa, recente precedente do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do Mandado de Segurança n. 25.962, relatado pelo Eminente Ministro Marco Aurélio Mello, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 98 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), exatamente em razão da previsão de intimação ficta."

Na hipótese, constata-se a irregularidade da intimação por edital realizada no processo administrativo, a qual somente se tornará legítima se a autoridade não conseguir consumá-la pelos demais meios, inclusive o eletrônico. A prova dessa circunstância incumbe à autoridade e deve constar nos autos do processo administrativo, de forma a legitimar a publicação do edital. A ausência do exaurimento dos meios de intimação resulta na nulidade absoluta de todos os atos subsequentes.

Dessa forma, a fiscalização realizada no âmbito do procedimento que resultou na declaração de inaptidão do CNPJ da parte foi sumariamente concluída (artigo 10 da IN-SRF nº 228/2002) "em razão da falta de apresentação dos documentos ou manifestação dos representantes da pessoa jurídica" que pudessem comprovar a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações de comércio exterior (fl. 101/102 – id. 104548236).

Posteriormente, em razão da ausência de defesa, inviabilizada pela intimação ficta, a representação foi acolhida, declarando-se a inaptidão do CNPJ da requerente.

Acolhida a representação (art. 11 da IN-SRF nº 228/2002), considerou-se aplicada a todas as mercadorias importadas nos últimos cinco anos a penalidade de perdimento, determinando-se, através da intimação ALF nº 01/08, a apresentar, no prazo de 15 (quinze) dias, todas as mercadorias desembaraçadas entre 2003 a 2005, pena de conversão na multa prevista no art. 618, 1º do Decreto nº 4.545/2002.

Da leitura dos autos, constata-se que o Fisco aplicou a presunção legal contida no artigo 23, 2º do DL nº 1.455/76, com redação dada pela Lei nº 10.637/2002.

Entretanto, tal presunção é contrária às conclusões de fiscalização anteriormente realizada pela própria Inspeção da Alfândega no Porto de Santos no âmbito do MPF 08.1.78.00-2004-0002-6, na qual, após analisar a documentação apresentada pela requerente, concluiu-se que a fiscalização: "... provou, por meio de notas fiscais de entradas e saídas, contratos prévios de intermediação no comércio exterior, contratos de câmbio, e extratos bancários a origem dos recursos a disponibilidade e a sua efetiva transferência à prática de operações. Sendo assim considerando que não foram encontrados, até o momento, elementos que caracterizam a existência de interposição fraudulenta, nos termos da IN/SRF 228/2002, nem a origem ilegal dos recursos mas levando-se em conta que a empresa encontra-se omissa com relação a declarações e pela possibilidade de se enquadrar no Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 07 de 13/06/propomos a representação à Delegacia da Receita Federal em Santos para as providências necessárias que o caso requer..." (fl. 227 - id. 104548236).

Anote-se, ainda, que a Delegacia da Receita Federal concluiu que as "informações constantes do dossiê não justificam a abertura de ação fiscal", uma vez que, embora seria correto afirmar que a movimentação financeira da requerente é muito superior à receita bruta declarada, "tal fato deve-se ao tipo de atividade desempenhada pela empresa, a prestação de serviços de importação e exportação" (fls. 282 – id. 104548234).

No caso concreto, a intimação via edital, foi nula, cerceando o direito a ampla defesa do contribuinte na seara administrativa.

Por fim, a conduta do Fisco implica em violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, eis que o cancelamento do CNPJ alcançou operações realizadas em situação de regularidade burocrática.

Nesse sentido, o entendimento dessa Quarta Turma:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO E BAIXA DA INSCRIÇÃO NO CNPJ ANTES DA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

1. O procedimento administrativo que permite a suspensão da inscrição no CNPJ, antes de ser propiciada a contraposição de razões à representação fiscal, fere os princípios da ampla defesa e do contraditório, os quais, como declara a Constituição Federal (art. 5º, inc. LV), merecem observância em processo judicial e administrativo.

2. Denota-se que a autoridade administrativa primeiro suspende o CNPJ para depois a demandante apresentar defesa, o consigno como violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, insculpidos na Constituição Federal, porquanto estando em andamento o processo administrativo para apurar possíveis irregularidades, não é razoável que os futuros efeitos definitivos de eventual decisão pelo cancelamento do CNPJ atinjam antecipadamente operações realizadas em situação de total regularidade burocrática.

3. Verifica-se a impetrante, ora apelada, após a publicação do Edital Eletrônico, em 15/09/2015, do Ato Declaratório (ADE) nº 26/2015 declarando a Inaptação da empresa, apresentou em 05/10/2015 impugnação a Declaração de Inaptação. Tal documento foi recebido como Pedido de Restabelecimento da situação cadastral perante o CNPJ, conforme previsto no inciso I, §1º, art. 32, da Instrução Normativa RFB nº 1.470/2014. Da análise do Pedido de Restabelecimento foi emitido, em 21/10/2015, o Despacho Decisório onde se concluiu por não acatar as razões apresentadas, mantendo-se a decisão.

4. Ora, quando do ajuizamento desta demanda, o pedido administrativo ainda se encontrava pendente de julgamento, razão pela qual restou configurada a violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa.

5. Verifica-se que a apelada demonstrou o atual recolhimento de tributos (fls. 70-76) e a apuração de créditos tributários decorrentes da atividade empresarial (fls. 111-120) apresentando escrituração fiscal recente, bem como apresentou registro atual de empregados da empresa, o que demonstra que a empresa encontra-se em atividade, de modo que deve ser afastado o cancelamento do CNPJ.

6. Apelo e remessa oficial desprovidos.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 365741 - 0004411-78.2015.4.03.6002, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 30/05/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/06/2019)

Logo, há de ser reformada a r. sentença no tocante à ilegalidade da intimação constante no "EDITAL DE INTIMAÇÃO Nº 158", com a consequente anulação da declaração de inaptação da inscrição da autora, ora apelante, com efeito retroativo.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do autor para anular a sentença, e, nos termos do art. 1.013, § 3º, I do NCPC, concedo a segurança com fundamento no art. 487, I, do NCPC. Nego provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal.

É o meu voto.

EMENTA

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ART. 23 DO DECRETO Nº 70.235/72. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE POR EDITAL. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURADO. APELAÇÃO AUTOR PROVIDA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO UF IMPROVIDAS.

-A Medida cautelar 0010082-14.2008.4.03.6104 tempor objetivo a antecipação dos efeitos da tutela pretendida com a ação principal, enquanto pendente de julgamento a apelação ali interposta. Na hipótese, entendo que não configurada a litispendência.

-A notificação editalícia somente se justifica se forem esgotadas as tentativas de notificação pessoal, por encontrar-se o sujeito passivo em local incerto e não sabido.

-O Fisco aplicou a presunção legal contida no artigo 23, 2º do DL nº 1.455/76, com redação dada pela Lei nº 10.637/2002. Entretanto, tal presunção é contrária às conclusões de fiscalização anteriormente realizada pela própria Inspeção da Alfândega no Porto de Santos no âmbito do MPF 08.1.78.00-2004-0002-6.

-A conduta do Fisco implica em violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, eis que o cancelamento do CNPJ alcançou operações realizadas em situação de regularidade burocrática.

-Apelação do autor provida.

-Remessa oficial e apelação UF improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à apelação do autor para anular a sentença, e, nos termos do art. 1.013, § 3º, I do NCPC, conceder a segurança com fundamento no art. 487, I, do NCPC. Negar provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000522-91.2017.4.03.6121

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

APELADO: SUPERMERCADO LEAL DO VALE LTDA

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000522-91.2017.4.03.6121

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPERMERCADO LEAL DO VALE LTDA

Advogados do(a) APELADO: GILBERTO RODRIGUES PORTO - SP187543-A, EDUARDO CORREA DA SILVA - SP242310-A, GIULLIANO MARINOTO - SP307649-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela União (Id. 133143525) contra sentença que, em sede de ação ordinária, foi proferida nos seguintes termos (Id. 133143521):

[...] "**JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido da parte autora para declarar o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e de, após o trânsito em julgado, proceder à compensação administrativa dos valores efetivamente recolhidos a título de contribuições para o PIS e COFINS em razão da inclusão do ICMS nas respectivas bases de cálculo, observada a prescrição dos pagamentos efetuados anteriormente a **24/05/2012**, atualizados pela taxa SELIC, com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, à exceção das contribuições previdenciárias, na forma dos artigos 73 e 74 da Lei 9.430/1996, e IN-RFB 1.717/2017, e respectivas alterações.

Condene a ré no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios que fixo em 8% (oito por cento) do valor atualizado da causa atribuído em emenda à inicial (R\$ 266.287,81 - Num. 3693890), nos termos do artigo 85, §3º, inciso II, do CPC/2015. Custas ex lege. Sentença **NÃO** sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório (artigo 496, §4º, II do CPC/2015)".

(...)

Sustenta a União, preliminarmente, que a decisão do STF no **RE 574.706**, além de encontrar-se pendente de publicação e não ser possível inferir com segurança toda a sua extensão e alcance, será ainda objeto de nova apreciação quanto à modulação de seus efeitos, a ser oportunamente postulada pela fazenda nacional, à vista das graves consequências que podem advir da sua aplicação com eficácia *ex tunc* para as finanças públicas, razão pela qual a solução mais prudente e compatível com a coerência e estabilidade que se espera de um sistema de precedentes é o sobrestamento do processo até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração (artigo 1.040 do Código de Processo Civil). No mérito, alega, em síntese, que:

a) as Leis n.º 10.637/02 e n.º 10.833/03 repetiram o determinado na Lei n.º 9.718/98, com o que permanece subsidiada legal e constitucionalmente (art. 195, inciso I, letra "b", da CF/88) a inclusão discutida;

b) os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS devem integrar a base de cálculo de tais contribuições (Lei n.º 10.637/2002, Lei n.º 10.833/2003, Lei 9.718/98, Lei 9.715/98, Lei Complementar n.º 70/1991, 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal e Súmulas n.ºs 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça, EC n.º 20/98);

c) a importância do julgamento do **RE 212.209/SP** não se limita ao fato de que as discussões, se não são idênticas, em face das peculiaridades dos tributos, são na essência as mesmas (a possibilidade de se considerar o valor de um tributo como custo, fazendo parte, portanto, do preço do produto ou do serviço, o qual resultará na base de cálculo do mesmo ou de outro tributo);

d) a Lei n.º 12.973/2014 expressamente consignou que estão incluídos na receita bruta os tributos sobre ela incidentes (inclui o ICMS);

e) o autor não apresentou prova de que tenha realizado o pagamento do ICMS por todo o período requerido, documentos indispensáveis à propositura da ação;

f) alega que o regime jurídico da compensação tributária deve ser estabelecido em lei específica, observadas as normas gerais do Código Tributário Nacional, nos termos do art. 170 deste diploma, bem como que o período de apuração tanto do crédito quanto do débito deve ser posterior à utilização do e-Social (Lei n.º 13.670/2018).

Pleiteia a reforma da sentença.

Contrarrazões apresentadas pela parte adversa (Id. 133143530).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000522-91.2017.4.03.6121

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

APELADO: SUPERMERCADO LEAL DO VALE LTDA

Advogados do(a) APELADO: GILBERTO RODRIGUES PORTO - SP187543-A, EDUARDO CORREDA SILVA - SP242310-A, GIULLIANO MARINOTO - SP307649-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Do pedido de sobrestamento

Observo que, no que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-Agr/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-Agr/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - Agr/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-Agr/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Do mérito

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, como requerido.

Da Lei n. 12.973/14

Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade), *verbis*:

Art. 54. A Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)"

Art. 55. A Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado, *verbis*:

Nesse sentido, de modo legítimo dispõem as atuais leis dos regimes cumulativo e não cumulativo que a base de cálculo do PIS/Cofins compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do DL nº 1.598/773, cujo §5º afirma que nela se incluem “os tributos sobre ela incidentes”. Ao lado disso, aquelas mesmas leis estabelecem que não integram a base de cálculo dessas contribuições as receitas referentes a certas situações, como vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. As exclusões exemplificadas, de fato, prescindiriam de previsão legal, já que estão fora do âmbito da materialidade das contribuições em comento, o que não ocorre com o ônus financeiro do ICMS repassado para o preço da mercadoria ou do serviço e, ao fim, transferido para a receita ou o faturamento.

(páginas 96 e 97 – voto do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli)

Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

Da necessidade de comprovação do recolhimento para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Saliente-se que o entendimento consolidado pelo STJ, proferido em sede de mandado de segurança, no qual se mostra necessária apresentação da prova pré-constituída, deve ser aplicado, com mais razão, à ação ordinária em apreço.

Da compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da impetração do *mandamus*, as quais estabelecem que a compensação dar-se-á com débitos relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 8.112/91 (art. 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). (REsp 1266798/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJE 25/04/2012).

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF**, representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

O *mandamus* foi impetrado em 2017, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Dos honorários

A verba honorária deve ser majorada para 10% do valor atualizado da causa, à vista do disposto no artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC.

Ante o exposto, rejeito a preliminar, nego provimento à apelação da União e majoro os honorários, conforme anteriormente explicitado.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. APELO DA UNIÃO DESPROVIDO.

- Observo que, no que toca à preliminar apresentada pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo.

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional. Nesse contexto, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, como requerido.

- Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e a COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão *total das receitas auferidas* (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade).

- No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado.

- Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como *receita líquida* (receita bruta diminuída dos valores relativos a *devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta*). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de *tributos sobre ela incidentes*. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1.598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, *caput*, do Decreto-Lei n. 1.598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

- A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Saliente-se que o entendimento consolidado pelo STJ, proferido em sede de mandado de segurança, no qual se mostra necessária apresentação da prova pré-constituída, deve ser aplicado, com mais razão, à ação ordinária em apreço.

- Deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da impetração do *mandamus*, as quais estabelecem que a compensação dar-se-á com débitos relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 8.112/91 (art. 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). (*REsp 1266798/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012*). Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF**, representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. O *mandamus* foi impetrado em 2017, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- A verba honorária deve ser majorada para 10% do valor atualizado da causa, à vista do disposto no artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC.

- Preliminar rejeitada. Apelação da União desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar, negar provimento à apelação da União e majorar os honorários, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÓNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002912-67.2013.4.03.6119

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: TRANSPALLET - TRANSPORTES E LOGISTICALTDA
Advogado do(a) APELANTE: PATRICIA APOLONIO MUNIZ DEPIERI - SP284475-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002912-67.2013.4.03.6119
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: TRANSPALLET - TRANSPORTES E LOGISTICALTDA
Advogado do(a) APELANTE: PATRICIA APOLONIO MUNIZ DEPIERI - SP284475-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de **recurso de apelação** interposto por **Transpallet – Transportes e Logística Ltda.**, contra a **sentença** que, em sede de **embargos à execução** opostos em face da **Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA**, julgou **improcedente o pedido**, mantendo a cobrança da multa administrativa aplicada por infração ao disposto no art. 10, incs. IV e XXXII, da Lei 6.437/77 (transporte de produtos importados para a saúde sem a prévia autorização de funcionamento).

Em suas razões recursais, a parte apelante repisou os argumentos expostos na petição inicial pugnano pela reforma da r. sentença para julgar procedente o pedido. Sustenta, em síntese, a nulidade da autuação por vício material (motivação deficiente/atipicidade) à alegação de que os produtos transportados não se sujeitam à prévia autorização da fiscalização sanitária por não estarem previstos no rol taxativo da Resolução RDC 350/2005.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002912-67.2013.4.03.6119
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: TRANSPALLET - TRANSPORTES E LOGISTICALTDA
Advogado do(a) APELANTE: PATRICIA APOLONIO MUNIZ DEPIERI - SP284475-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O recurso de apelação não comporta provimento.

Não há ausência de motivação e tampouco motivação imperfeita capaz de ilidir a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo.

Os produtos importados/transportados pela embargante/apelante encontram-se elencados na Resolução RDC 320/2005, no item 1.36 do Anexo I, que expressamente arrola como mercadoria importada sob vigilância sanitária, as “*matérias-primas, insumos, partes e peças, produtos acabados, produtos a granel, produtos semi-elaborados e produtos in natura e demais sob vigilância sanitária que trata a Lei n.º 9.872/99*”.

Portanto, é regular a aplicação de penalidade à empresa que efetuou o transporte de peças e partes de equipamentos médicos, sem a necessária autorização do órgão de fiscalização sanitária.

Neste sentido, colaciono recente precedente firmado por esta Quarta Turma julgando caso idêntico ao aqui tratado tendo o mesmo contribuinte/executado (Transpallet – Transportes e Logística Ltda.):

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – MULTA – ANVISA -TRANSPORTE DE PARTES DE EQUIPAMENTOS MÉDICOS IMPORTADOS SEM A NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO – REGULARIDADE DA AUTUAÇÃO.

1. Consta do Auto de Infração Sanitária CVSPAF/SP de nº 00018/2007 que “A empresa realizou o transporte de mercadoria e produtos para a saúde do Aeroporto Internacional de São Paulo para a EADI CNAGA/SP, não sendo regularizada no tocante à Autorização de Funcionamento para a atividade – transportar produtos para saúde” (fls. 14).

2. Não se vislumbra a existência de nulidade da atuação da ANVISA, isso porque a Resolução 350/2005, no Anexo I, item 1.36, estabelece o conceito de Mercadorias Importadas sob Vigilância Sanitária: "matérias-primas, insumos, partes e peças, produtos acabados, produtos a granel, produtos semi-elaborados e produtos in natura e demais sob vigilância sanitária (...)".

3. Diante da conduta praticada pela recorrente, denota-se que a aplicação da penalidade se deu de forma regular, não havendo qualquer vício a ser sanado.

4. Apelação desprovida.

(TRF3, Quarta Turma, AC 0011339-24.2011.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Marcelo Mesquita, julgado em 24/10/2019).

Assim, estando legítimo o auto de infração e correta a penalidade aplicada diante da infração sanitária cometida prevista no artigo 10, IV e XXXII, da Lei 6.437/77, de rigor o improvemento do recurso e a manutenção da sentença.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação.**

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ANVISA – INFRAÇÃO SANITÁRIA – RESOLUÇÃO RDC 350/2005 – TRANSPORTE DE PRODUTOS IMPORTADOS PARA A SAÚDE SEM AUTORIZAÇÃO – MULTA MANTIDA – RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO.

1. Não há ausência de motivação e tampouco motivação imperfeita capaz de ilidir a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo.

2. Os produtos importados/transportados pela embargante/apelante encontram-se elencados na Resolução RDC 320/2005, no item 1.36 do Anexo I.

3. É regular a aplicação de penalidade à empresa que efetuou o transporte de peças e partes de equipamentos médicos, sem a necessária autorização do órgão de fiscalização sanitária.

4. Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001399-11.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MR. BEY INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA

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

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001399-11.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MR. BEY INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA

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

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela União (Id. 135890554) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, foi proferida nos seguintes termos (Id. 135890551):

(...) “**concedo a segurança pleiteada, razão pela qual julgo procedentes os pedidos formulados na inicial, extinguindo o processo com resolução do mérito, na forma do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim específico de: a) determinar a exclusão do ICMS destacado na nota fiscal das bases de cálculo do PIS e da COFINS; b) reconhecer o direito da impetrante de, a partir do trânsito em julgado da sentença (art. 170-A do CTN), compensar os valores pagos indevidamente a título dessas contribuições (PIS e COFINS), em razão da declaração retro (item “a”), desde os cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação, inclusive eventuais valores recolhidos indevidamente durante a tramitação deste feito, nos termos da legislação de regência e devidamente atualizados pela taxa Selic, incidente a partir da data do pagamento indevido (Súmula nº 162 do STJ).**”

Sem condenação em honorários advocatícios (artigo 25 da Lei nº 12.016/2009).

Custas na forma da lei.

Sentença não sujeita ao duplo grau obrigatório, em razão do julgamento do recurso em regime repetitivo (art. 496, § 4º, II do CPC)”.
(...)

Requer a União, preliminarmente, o questionamento da matéria bem como o sobrestamento do feito, ao argumento da ausência de definitividade do acórdão proferido no RE nº 574.706 (artigo 1.040 do CPC), sob a alegação de que:

a) para se delimitar o alcance da matéria decidida e a uniforme replicação da tese firmada no julgamento de recursos repetitivos/repercussão geral, sua aplicação, nos termos do artigo 1.040 do CPC, pressupõe o conhecimento do inteiro teor do julgado, a expressa ciência dos fundamentos que o determinaram e sua definitividade, o que não ocorre no caso;

b) a parte adversa não sofrerá prejuízo com a demora se a exigibilidade estiver suspensa e há ministros do STF que reconheçam a prematuridade da aplicação da tese firmada no julgamento do tema nº 69 de repercussão geral.

No mérito alega, em síntese, que:

a) os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS devem integrar a base de cálculo de tais contribuições (Lei nº 10.637/2002, Lei nº 10.833/2003, Lei 9.718/98, Lei Complementar nº 70/1991, 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal e Súmulas nºs 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça);

b) o STJ em precedente recente e julgado pela sistemática dos recursos repetitivos firmou categoricamente a legalidade da incidência do ICMS na base de cálculo da COFINS e PIS (**REsp nº 1.144.469/PR**);

c) a importância do julgamento do **RE 212.209/SP** para o presente não se limita ao fato de que as discussões, se não são idênticas, em face das peculiaridades dos tributos, são na essência as mesmas;

d) o ICMS a ser excluído é o chamado “ICMS a recolher”, também chamado “ICMS escritural” - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais.

e) necessidade de atribuição de efeito suspensivo à apelação.

Contrarrazões apresentadas pela parte adversa (Id. 135890560).

Manifestação do Ministério Público Federal (Id. 136971754).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001399-11.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Inicialmente, em virtude de ter sido concedida a segurança, submeto a sentença ao reexame necessário, nos moldes do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

Do pedido de sobrestamento do feito

Inicialmente, no que toca à preliminar apresentada pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683--AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Do mérito

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão dos valores de ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, nos termos da jurisprudência aludida, é de ser afastada a incidência do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Da Lei n. 12.973/14

Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade), *verbis*:

Art. 54. A Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)

Art. 55. A Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)

Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado, *verbis*:

Nesse sentido, de modo legítimo dispõem as atuais leis dos regimes cumulativo e não cumulativo que a base de cálculo do PIS/Cofins compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do DL nº 1.598/773, cujo §5º afirma que nela se incluem "os tributos sobre ela incidentes". Ao lado disso, aquelas mesmas leis estabelecem que não integram a base de cálculo dessas contribuições as receitas referentes a certas situações, como vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. As exclusões exemplificadas, de fato, prescindiriam de previsão legal, já que estão fora do âmbito da materialidade das contribuições em comento, o que não ocorre com o ônus financeiro do ICMS repassado para o preço da mercadoria ou do serviço e, ao fim, transferido para a receita ou o faturamento.

(páginas 96 e 97 – voto do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli)

Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

Reconhecida a inexistência, faz-se necessária a análise do pedido de restituição.

- Do prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **13/02/2019** (Id. 135890425). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

- Da necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Da compensação de valores indevidamente recolhidos

A impetrante pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em **2019**, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Do ICMS a recolher

O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo).

Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris*:

(...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Da correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (*AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012*).

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária. (*REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009*).

O pedido de efeito suspensivo resta prejudicado ante a decisão que recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo (Id. 137730722).

Ante o exposto, rejeito a preliminar, nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento à remessa oficial, tida por ocorrida, para que a compensação seja efetivada conforme explicitado.

É como voto.

E M E N T A

REMESSA OFICIAL. PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDA. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

- Inicialmente, em virtude de ter sido concedida a segurança, submeto a sentença ao reexame necessário, nos moldes do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

- No que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos: *Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecte no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI*.

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

- A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditiu seu voto. Plenário, 15.3.2017.

- Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, tal diploma normativo apenas manteve a expressão *total das receitas auferidas* (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade).

- No entanto, apesar de a mencionada lei incluir o § 5º ao artigo 12 deste decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente neste julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a este dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado.

- Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como *receita líquida* (receita bruta diminuída dos valores relativos a *devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta*). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, *caput*, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

- A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de débitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

- A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na esfera administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, ceme da análise contábil ou escritural desse tributo). Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia. Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Correção monetária do indébito. Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012). No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial n.º 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Aruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

- Preliminar rejeitada. Apelação da União desprovida. Remessa oficial, tida por ocorrida, parcialmente provida para que a compensação seja efetivada conforme explicitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar, negar provimento à apelação da União e dar parcial provimento à remessa oficial, tida por ocorrida, para que a compensação seja efetivada, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0058263-16.2002.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: AFINAUTO REGULAGEM E COMERCIO DE VEICULOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RICARDO DE VITTO DA SILVEIRA - SP260866-A, LUCIANA DA SILVEIRA - SP228114-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0058263-16.2002.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: AFINAUTO REGULAGEM E COMERCIO DE VEICULOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RICARDO DE VITTO DA SILVEIRA - SP260866-A, LUCIANA DA SILVEIRA - SP228114-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por AFINAUTO REGULAGEM E COMERCIO DE VEICULOS LTDA contra sentença que declarou extinta a execução fiscal, com fundamento no artigo 487, II, do CPC, na medida em que o processo ficou paralisado por mais de 5 anos, sem a condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios.

Alega, em síntese, que deve ser imposta condenação da exequente ao pagamento dos honorários advocatícios, pois a extinção do feito teve causa na exceção de pré-executividade oposta pela apelante, inclusive em observância ao princípio da causalidade. Requer a fixação desta verba a seu favor, com a majoração prevista no artigo 85, §11, do CPC.

Comcontrarrazões (id 5045626 - Pág. 80/83).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0058263-16.2002.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: AFINAUTO REGULAGEM E COMERCIO DE VEICULOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RICARDO DE VITTO DA SILVEIRA - SP260866-A, LUCIANA DA SILVEIRA - SP228114-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A inposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteados pelo princípio da causalidade, segundo o qual: "*aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes*". Precedentes: AgRg no Ag n.º 798.313/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/03/2007, DJ de 12/04/2007; EREsp n.º 490.605/SC, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 04/08/2004, DJ de 20/09/2004; REsp n.º 557.045/SC, Ministro José Delgado, DJ de 13/10/2003; REsp n.º 439.573/SC, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 04/09/2003; REsp n.º 472.375/RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18/03/2003, DJ de 22/04/2003.

No caso dos autos, ajuizada a execução fiscal e, após longo período dos autos em arquivo, a executada opôs exceção de pré-executividade com o pedido de extinção do feito, sob o fundamento de que houve prescrição intercorrente (id 5045626 - Pág. 25/36). Em sua manifestação, a exequente ofereceu resistência ao pedido formulado, sob o fundamento de que não se promoveu a sua intimação do *decisum* que não apreciou o pedido de penhora do faturamento (id cit. - Pág. 43/47). Após, sobreveio a sentença ora recorrida que reconheceu a existência de prescrição intercorrente.

Logo, a fazenda nacional ofereceu resistência ao pedido da executada e esta deve arcar com a condenação em honorários advocatícios.

O posicionamento sedimentado, relativamente aos princípios da sucumbência e causalidade, tem consonância com expressa disposição do caput do artigo 85 do CPC, *in verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

Dispõe ainda o dispositivo que, nas causas em que a fazenda for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º, bem assim os percentuais específicos listados nos incisos de I a V do § 3º e das regras explicitadas nos §§ 4º e 5º.

Na consulta da inscrição juntada pela exequente consta o valor consolidado de R\$ 19.921,94 em 06.04.2018 (id 5045626 - Pág. 65). Destarte, conforme disposto no artigo 85 do CPC, parágrafo 3º, inciso I, fixo o percentual de 10% do valor executado, devidamente atualizado, porque propicia remuneração adequada e justa ao profissional.

Por fim, deixo de aplicar o artigo 85, §11, do CPC, pois não é hipótese de majoração da verba honorária, mas sim sua fixação inicial.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO** para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor executado.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO. MAJORAÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 85, §11, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, nortado pelo princípio da causalidade, segundo o qual: "*aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes*". Precedentes: AgRg no Ag n.º 798.313/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/03/2007, DJ de 12/04/2007; EREsp n.º 490.605/SC, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 04/08/2004, DJ de 20/09/2004; REsp n.º 557.045/SC, Ministro José Delgado, DJ de 13/10/2003; REsp n.º 439.573/SC, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 04/09/2003; REsp n.º 472.375/RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18/03/2003, DJ de 22/04/2003.

- No caso dos autos, ajuizada a execução fiscal e, após longo período dos autos em arquivo, a executada opôs exceção de pre-executividade com o pedido de extinção do feito, sob o fundamento de que houve prescrição intercorrente. Em sua manifestação, a exequente ofereceu resistência ao pedido formulado, sob o fundamento de que não se promoveu a sua intimação do *decisum* que não apreciou o pedido de penhora do faturamento. Após, sobreveio a sentença ora recorrida que reconheceu a existência de prescrição intercorrente.

- Logo, a fazenda nacional ofereceu resistência ao pedido da executada e esta deve arcar com a condenação em honorários advocatícios.

- O posicionamento sedimentado, relativamente aos princípios da sucumbência e causalidade, tem consonância com expressa disposição do caput do artigo 85 do CPC

- Dispõe ainda o dispositivo que, nas causas em que a fazenda for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º, bem assim os percentuais específicos listados nos incisos de I a V do § 3º e das regras explicitadas nos §§ 4º e 5º.

- Na consulta da inscrição juntada pela exequente consta o valor consolidado de R\$ 19.921,94 em 06.04.2018. Destarte, conforme disposto no artigo 85 do CPC, parágrafo 3º, inciso I, fixo o percentual de 10% do valor executado, devidamente atualizado, porque propicia remuneração adequada e justa ao profissional.

- Por fim, deixo de aplicar o artigo 85, §11, do CPC, pois não é hipótese de majoração da verba honorária, mas sim sua fixação inicial.

- Apeação parcialmente provida para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor executado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor executado, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001965-72.2015.4.03.6109

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: DENIS CAMARGO PASSEROTTI - SP178362-A

APELADO: GRASIELLE ASSIS MARTINS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001965-72.2015.4.03.6109

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: DENIS CAMARGO PASSEROTTI - SP178362-A

APELADO: GRASIELLE ASSIS MARTINS

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo contra a r. sentença que julgou extinto o processo, pois a cobrança não atinge o mínimo de 4 vezes o valor anual exigido.

Em suas razões recursais, sustenta o apelante que o total do débito cobrado, mesmo desconsiderando as anuidades até 2011, é superior a quatro *anuidades* profissionais, atendendo, assim, ao artigo 8º da Lei nº 12.514/11.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001965-72.2015.4.03.6109

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: DENIS CAMARGO PASSEROTTI - SP178362-A

APELADO: GRASIELLE ASSIS MARTINS

VOTO

Como feito, o artigo 8º da Lei nº 12.514/2011 assim dispõe:

"Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente."

Da interpretação de referido dispositivo legal, extrai-se claramente que a limitação imposta para o ajuizamento da execução fiscal refere-se ao valor da dívida, que não poderá ser "inferior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". Desse modo, não se condiciona a promoção da execução pelo órgão de classe à cobrança de certo número *mínimo* de *anuidades*, mas sim ao fato de que o valor pleiteado corresponda a montante não inferior à soma de quatro *anuidades*.

Posta a questão de outro modo, tem-se que o valor das *anuidades* devidas, acrescido aos juros, à correção monetária e às multas, em sua integralidade, não poderá ser inferior à quantia correspondente ao somatório de quatro *anuidades*, na época do ajuizamento da ação executiva.

A propósito, esse é o entendimento firmado pelas 1ª e 2ª Turmas do C. Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/73. OFENSA GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. ANUIDADES. VALOR DA EXECUÇÃO. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ALCANCE DO VALOR MÍNIMO PARA EXECUÇÃO.

- 1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/73 se faz de forma genérica, sem a precisa demonstração de omissão (Súmula 284 do STF).*
- 2. Esta Corte, interpretando o art. 8º da Lei n. 12.514/2011, consolidou o entendimento de que no valor correspondente a quatro anuidades no ano do ajuizamento computam-se, inclusive, as multas, juros e correção monetária, e não apenas a quantidade de parcelas em atraso.*
- 3. O processamento da execução fiscal fica desautorizado somente quando os débitos exequendos correspondam a menos de 4 vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, tomando-se como parâmetro para definir este piso o valor da anuidade referente ao ano de ajuizamento, bem como os encargos legais (multa, juros e correção monetária). No caso dos autos, a ação fiscal foi ajuizada em 2013, quando já em vigor a Lei n. 12.514/11, assim, aplicável a limitação acima descrita.*
- 4. As anuidades pagas aos conselhos profissionais possuem natureza tributária, o que, em tese, admitiria o dia seguinte ao vencimento da obrigação como sendo o termo inicial da prescrição.*
- 5. No entanto, considerando a limitação de valor mínimo para fins de execução criada pela Lei n. 12.514/11, para o ajuizamento da execução, o prazo prescricional deve ter início somente quando o crédito se tornar exequível, ou seja, quando o total da dívida inscrita, acrescida dos respectivos consectários legais, atingir o patamar mínimo exigido pela norma.*
- 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido para afastar a ocorrência da prescrição.*

(REsp 1524930/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 08/02/2017)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. EXIGÊNCIA DE VALOR MÍNIMO PARA AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. QUANTIA SUPERIOR AO EQUIVALENTE À SOMA DE 4 (QUATRO) ANUIDADES, E NÃO QUE SEJAM COBRADAS, AO MENOS, 4 (QUATRO) ANUIDADES. A QUANTIA AVALIADA PARA DETERMINAR A POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL COMPREENDE O VALOR DAS ANUIDADES DEVIDAS, SOMADO AOS CONSECTÁRIOS LEGAIS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O art. 8º da Lei 12.514/2011, ao determinar que não será ajuizada, pelos Conselhos, execução fiscal para cobrança de dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica, não exige que sejam executadas ao menos 4 (quatro) anuidades, e, sim, que a quantia mínima necessária para o ajuizamento da execução corresponda à soma de 4 (quatro) anuidades.

II. O dispositivo legal em destaque faz referência às "dívidas (...) inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente", ou seja, a quantia a ser utilizada para configuração do valor mínimo necessário para a propositura da execução fiscal será aquele inscrito em dívida ativa. Em outras palavras, o valor das anuidades devidas, somado aos juros, correção monetária e multas, em sua totalidade, não poderá ser inferior à quantia correspondente ao somatório de quatro anuidades, na época da propositura da ação.

III. Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o art. 8º da Lei nº 12.514/2011 estabelece que: 'Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente'. Da leitura do dispositivo legal, extrai-se que a limitação imposta para o ajuizamento da execução fiscal refere-se ao valor da dívida na época da propositura da ação, o qual não poderá ser inferior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente'. No caso concreto, apesar de a dívida executada referir-se a apenas 3 (três) anuidades, o valor do montante executado, ou seja, principal mais acréscimos legais, supera em muito o equivalente 'a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente', não havendo, por isso, razão para se extinguir o feito" (STJ, REsp 1.425.329/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/04/2015). Em igual sentido: STJ, REsp 1.468.126/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2015; STJ, REsp 1.488.203/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/11/2014.

IV. Hipótese em que o acórdão do Tribunal de origem manteve sentença que extinguiu a execução fiscal ajuizada por Conselho Profissional, por falta de interesse de agir; por cobradas apenas três anuidades e por ser o valor executado, excluídos os acréscimos legais, inferior àquele previsto no art. 8º da Lei 12.514/2011.

V. Recurso Especial provido.

(REsp 1466562/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 02/06/2015)

Em suma, o valor tomado como base para a propositura da execução fiscal, para fins de aplicação do artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, não é o original, mas a quantia que consta da dívida no momento do ajuizamento do executivo, constante na certidão de dívida ativa, já corrigido e atualizado, é dizer, o valor original acrescido dos encargos trazidos pelo decorrer do tempo, em razão da inadimplência.

In casu, considerando que o valor da anuidade prevista para as pessoas físicas da faixa da executada no ano de 2015 era de R\$ 200,55 (Resolução COFEN 463/2014), conclui-se que o débito exequendo, que se origina das 3 (três) contribuições anuais consideradas pela sentença (2012 a 2014, que somam R\$ 728,40 à data da propositura da ação), não atinge o valor mínimo das 4 anuidades (R\$ 802,20).

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

É o meu voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. LEI Nº 12.514/2011 ARTIGO 8º. EXIGÊNCIA DE VALOR MÍNIMO PARA O AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. QUANTIA SUPERIOR AO EQUIVALENTE À SOMA DE 4 (QUATRO) ANUIDADES, CORRESPONDENTE AO VALOR DAS ANUIDADES DEVIDAS, ACRESCIDO DOS CONSECUTÓRIOS LEGAIS. PRECEDENTES DO C. STJ. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- O valor das anuidades devidas, acrescido aos juros, à correção monetária e às multas, em sua integralidade, não poderá ser inferior à quantia correspondente ao somatório de quatro anuidades, na época do aparelhamento da ação.

- O valor tomado como base para a propositura da execução fiscal, para fins de aplicação do art. 8º da Lei nº 12.514/2011, não é o original, mas a quantia que consta da dívida no momento do ajuizamento do executivo, constante na Certidão de Dívida Ativa, já corrigido e atualizado, é dizer, o valor original acrescido dos encargos trazidos pelo decorrer do tempo, em razão da inadimplência.

- Considerando que o valor da anuidade prevista para as pessoas físicas da faixa da executada no ano de 2015 era de R\$ 200,55 (Resolução COFEN 463/2014), conclui-se que o débito exequendo, que se origina das 3 (três) contribuições anuais consideradas pela sentença (2012 a 2014, que somam R\$ 728,40 à data da propositura da ação), não atinge o valor mínimo das 4 anuidades (R\$ 802,20).

- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002840-18.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: BIOBROTAS OLEOQUIMICA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: PAULO VITOR COELHO DIAS - SP273678-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BIOBROTAS OLEOQUIMICA LTDA

Advogado do(a) APELADO: PAULO VITOR COELHO DIAS - SP273678-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002840-18.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: BIOBROTAS OLEOQUIMICA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: PAULO VITOR COELHO DIAS - SP273678-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BIOBROTAS OLEOQUIMICA LTDA

Advogado do(a) APELADO: PAULO VITOR COELHO DIAS - SP273678-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela **União** (Id. 136537454) e pelo **contribuinte** (Id. 136537450) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, foi proferida nos seguintes termos (Id. 136537443):

(...) “**concedo parcialmente a segurança**, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para confirmar a liminar e declarar:

(i) **A ilicitude da inclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, que deverá se dar sobre o valor do ICMS a recolher - e não sobre o destacado em notas fiscais e**

(ii) **O direito da parte impetrante de efetuar a compensação das contribuições recolhidas, a partir de 12 de novembro de 2014, observados os critérios estabelecidos pelo artigo 170-A, do CTN, condicionada a exequibilidade da compensação ou repetição ao quanto decidido na modulação dos efeitos da decisão proferida, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida, n.º 574.706/PR.**

Sobre montante incidirão exclusivamente juros moratórios equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada (Súmulas 43 e 54 do STJ).

Sem honorários, nos termos do art. 25, da Lei n.º 12.016/2009.

Custas como de lei.

Sentença sujeita a remessa oficial (artigo 14, § 1º da Lei n.º 12.016/2009), sem prejuízo de sua eficácia imediata, no que tange, exclusivamente, à exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, a partir da data da decisão que deferiu a liminar”.

(...)

Requer a União, preliminarmente, o prequestionamento da matéria bem como o sobrestamento do feito, ao argumento da ausência de definitividade do acórdão proferido no RE nº 574.706 (artigo 1.040 do CPC), sob a alegação de que:

a) para se delimitar o alcance da matéria decidida e a uniforme replicação da tese firmada no julgamento de recursos repetitivos/repercussão geral, sua aplicação, nos termos do artigo 1.040 do CPC, pressupõe o conhecimento do inteiro teor do julgado, a expressa ciência dos fundamentos que o determinaram e sua definitividade, o que não ocorre no caso;

b) a parte adversa não sofrerá prejuízo com a demora se a exigibilidade estiver suspensa e há ministros do STF que reconhecem a prematuridade da aplicação da tese firmada no julgamento do tema nº 69 de repercussão geral.

No mérito alega, em síntese, que:

a) os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS devem integrar a base de cálculo de tais contribuições (Lei nº 10.637/2002, Lei nº 10.833/2003, Lei 9.718/98, Lei Complementar nº 70/1991, 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal e Súmulas nºs 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça, EC nº 20/98);

b) o ICMS sempre integrou o preço da mercadoria vendida e do serviço prestado e que, de acordo com o art. 2º do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, e o art. 13 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que estabeleciam e estabelecem normas gerais aplicáveis ao antigo imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICM) e ao atual imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) e, consequentemente, o faturamento mensal da pessoa jurídica, base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS;

c) a definição de receita bruta está prevista no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, cuja redação foi dada por lei posterior a 13/12/2007, qual seja, a Lei nº 12.973/2014.

Pleiteia a reforma da sentença.

Sem contrarrazões apresentadas pela parte adversa.

Por sua vez, o contribuinte requer seja determinada “a exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais de saída da base de cálculo do PIS e da COFINS”.

Resposta da União (Id. 136537460).

Parecer do Ministério Público Federal (Id. 137091221).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5002840-18.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: BIOBROTAS OLEOQUIMICA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: PAULO VITOR COELHO DIAS - SP273678-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BIOBROTAS OLEOQUIMICA LTDA

Advogado do(a) APELADO: PAULO VITOR COELHO DIAS - SP273678-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Da apelação da União

Do pedido de sobrestamento do feito

Observo que, no que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - -AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Do mérito

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "*Q ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, como requerido.

Da Lei n. 12.973/14

Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade), *verbis*:

Art. 54. A Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)"

Art. 55. A Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)"

Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“[Art. 12](#). A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o [inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#), das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado, *verbis*:

Nesse sentido, de modo legítimo dispõem as atuais leis dos regimes cumulativo e não cumulativo que a base de cálculo do PIS/Cofins compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do DL nº 1.598/773, cujo §5º afirma que nela se incluem “os tributos sobre ela incidentes”. Ao lado disso, aquelas mesmas leis estabelecem que não integram a base de cálculo dessas contribuições as receitas referentes a certas situações, como vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. As exclusões exemplificadas, de fato, prescindiriam de previsão legal, já que estão fora do âmbito da materialidade das contribuições em comento, o que não ocorre com o ônus financeiro do ICMS repassado para o preço da mercadoria ou do serviço e, ao fim, transferido para a receita ou o faturamento.

(páginas 96 e 97 – voto do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli)

Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

Reconhecida a inexigibilidade, faz-se necessária a análise do pedido de restituição.

-Do prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: “*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*”.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **12/11/2019** (Id. 136537337). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

-Da necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

-Da compensação de valores indevidamente recolhidos

A impetrante pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo: [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC n.º 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Da correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliente que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução n.º 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (*AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012*).

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária. (*REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009*).

Da apelação do contribuinte

Quanto ao ICMS destacado na nota fiscal, verifico que o artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo). Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris*:

(...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

Ante o exposto, rejeito a preliminar, nego provimento à apelação da União e à remessa oficial e dou provimento à apelação do contribuinte para que seja reconhecido o direito à exclusão do ICMS destacado na nota fiscal da base de cálculo do PIS e da COFINS.

É como voto.

E M E N T A

REMESSA OFICIAL. PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. APELO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS. APELO DO CONTRIBUINTE PROVIDA.

- Inicialmente, no que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados.

- Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos: *Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683-AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.*

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

- A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditiu seu voto. Plenário, 15.3.2017.

- Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão *total das receitas auferidas* (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade).

- No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado.

- Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como *receita líquida* (receita bruta diminuída dos valores relativos a *devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta*). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, *caput*, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

- A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de débitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*".

- No tocante à comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente e serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas. Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Correção monetária do indébito. Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012). No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial n.º 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

- Quanto à apelação do contribuinte, verifico que o artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo). Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris: (...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido*. Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Rejeitada a preliminar. Remessa oficial e apelação da União desprovidas. Apelação do contribuinte provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar, negar provimento à apelação da União e à remessa oficial e dar provimento à apelação do contribuinte para que seja reconhecido o direito à exclusão do ICMS destacado na nota fiscal da base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002998-73.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CAINCO EQUIPAMENTOS PARA PANIFICACAO LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS - SP102546-A

APELADO: CAINCO EQUIPAMENTOS PARA PANIFICACAO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS - SP102546-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002998-73.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CAINCO EQUIPAMENTOS PARA PANIFICACAO LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS - SP102546-A, TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A

APELADO: CAINCO EQUIPAMENTOS PARA PANIFICACAO LTDA., DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A, PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS - SP102546-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela **União** (Id. 135054842) e pelo **contribuinte** (Id. 135054844) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, foi proferida nos seguintes termos (Id. 135054836):

*(...) “**CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA** para declarar a inconstitucionalidade das normas dos artigos 2º e 3º da Lei 9718/98, artigo 1º da Lei 10.637/2002 e artigo 1º da Lei 10.833/2003, na parte em que impossibilitam a exclusão do ICMS **efetivamente recolhidos** na base de cálculo do PIS e da COFINS, considerando que o tributo estadual em questão não se constitui faturamento ou receita, destoando do disposto no artigo 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal, e, por consequência, pronunciar a inexigibilidade das referidas contribuições (PIS e COFINS), no que pertine ao objeto deste Writ (não incidência sobre o ICMS), além de determinar que a Autoridade Impetrada não se abstenha de expedir eventual de Certidão de Débitos relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, ficando vedada, também, a inscrição dos tributos declarados inconstitucionais nos cadastros de inadimplentes (CADIN e outros).*

Os valores indevidamente recolhidos e não prescritos (nos cinco anos anteriores à data de ajuizamento deste feito) serão corrigidos pela SELIC desde a data do pagamento indevido e compensados nos termos da IN 1.717/2017, do artigo 170-A do CTN (após o trânsito em julgado) e artigo 39, §4º, da Lei 9.250/95.

Sem honorários advocatícios (Súmulas 512 do STF e 105 do STJ).

A União está isenta de custas, mas deverá reembolsar as antecipadas pela Impetrante.

Sentença sujeita ao reexame necessário”.

(...)

Requer a União, preliminarmente, o prequestionamento da matéria bem como o sobrestamento do feito, ao argumento da ausência de definitividade do acórdão proferido no RE nº 574.706 (artigo 1.040 do CPC), sob a alegação de que:

a) para se delimitar o alcance da matéria decidida e a uniforme replicação da tese firmada no julgamento de recursos repetitivos/repercussão geral, sua aplicação, nos termos do artigo 1.040 do CPC, pressupõe o conhecimento do inteiro teor do julgado, a expressa ciência dos fundamentos que o determinaram e sua definitividade, o que não ocorre no caso;

b) a parte adversa não sofrerá prejuízo com a demora se a exigibilidade estiver suspensa e há ministros do STF que reconhecem a prematuridade da aplicação da tese firmada no julgamento do tema nº 69 de repercussão geral.

No mérito argumenta, em síntese, que:

a) os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS devem integrar a base de cálculo de tais contribuições (Lei nº 10.637/2002, Lei nº 10.833/2003, Lei 9.718/98, Lei Complementar nº 70/1991, 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal e Súmulas nºs 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça);

b) o STJ em precedente recente e julgado pela sistemática dos recursos repetitivos firmou categoricamente a legalidade da incidência do ICMS na base de cálculo da COFINS e PIS (**REsp nº 1.144.469/PR**);

c) a importância do julgamento do **RE 212.209/SP** para o presente não se limita ao fato de que as discussões, se não são idênticas, em face das peculiaridades dos tributos, são na essência as mesmas.

Contrarrazões apresentadas pela parte adversa (Id. 135054851).

Por sua vez, o contribuinte requer, em síntese: "SEJA CONCEDIDO TOTAL PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO DE APELAÇÃO, reformando-se a sentença do r. Juízo a quo, reconhecendo o direito da Impetrante de efetuar a compensação dos créditos de PIS e COFINS decorrentes da exclusão do ICMS destacado das notas fiscais da sua base de cálculo."

Contrarrazões da União (Id. 135054853).

Manifestação do Ministério Público Federal (Id. 135755917).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002998-73.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CAINCO EQUIPAMENTOS PARA PANIFICACAO LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS - SP102546-A, TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A

APELADO: CAINCO EQUIPAMENTOS PARA PANIFICACAO LTDA., DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A, PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS - SP102546-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Da apelação da União

Do pedido de sobrestamento do feito

Inicialmente, no que toca à preliminar apresentada pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Do mérito

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão dos valores de ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, nos termos da jurisprudência aludida, é de ser afastada a incidência do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Da Lei n. 12.973/14

Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade), *verbis*:

Art. 54. A Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 55. A Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado, *verbis*:

Nesse sentido, de modo legítimo dispõem as atuais leis dos regimes cumulativo e não cumulativo que a base de cálculo do PIS/Cofins compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do DL nº 1.598/773, cujo §5º afirma que nela se incluem “os tributos sobre ela incidentes”. Ao lado disso, aquelas mesmas leis estabelecem que não integram a base de cálculo dessas contribuições as receitas referentes a certas situações, como vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. As exclusões exemplificadas, de fato, prescindiriam de previsão legal, já que estão fora do âmbito da materialidade das contribuições em comento, o que não ocorre com o ônus financeiro do ICMS repassado para o preço da mercadoria ou do serviço e, ao fim, transferido para a receita ou o faturamento.

(páginas 96 e 97 – voto do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli)

Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1.598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1.598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

Reconhecida a inexigibilidade, faz-se necessária a análise do pedido de restituição.

- Do prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: “válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 25/11/2019 (Id. 135054664). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

- Da necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Da compensação de valores indevidamente recolhidos

A impetrante pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais nº 1.164.452/MG e nº 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução nº 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar nº 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Da correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (*AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012*).

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial nº 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária. (*REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009*).

Da apelação do contribuinte

Ao se analisar a petição inicial (Id. 135054664), constata-se que o pedido realizado na exordial se refere a exclusão do ICMS destacado na nota fiscal da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como sua compensação, conforme se verifica:

(...) "d2) declarar incidentalmente a inconstitucionalidade e a ilegalidade da determinação de inclusão do ICMS destacado na nota fiscal na base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, tanto na vigência da Lei nº 12.973/14, como antes dela, por afronta ao art. 195, I, "b", da CF/88, decretando-se, por controle difuso, a inconstitucionalidade do art. 12, § 1º, III e §5º, do Decreto nº 1.598/77, com a redação dada pelo art. 2º, da Lei nº 12.973/14, ou seja dado a estes mesmos dispositivos interpretação conforme a Constituição Federal, a fim de que seja entendido que o ICMS destacado na nota fiscal não integra a receita bruta e, portanto, não devem compor a base de cálculo do PIS e da Cofins, tanto antes quanto após a vigência da Lei nº 12.973/14; (...) em razão do reconhecimento desse direito, reconhecer o direito da Impetrante de efetuar a compensação do que pagou a maior em razão da inclusão do ICMS destacado na nota fiscal na base de cálculo do PIS e da COFINS; compensação, essa, a ser procedida com quaisquer débitos de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, vencidos ou vincendos, com a atualização do indébito pela taxa SELIC até a data da efetiva compensação; declarando-se a forma de compensação e ordenando-se, assim, que a Autoridade Coatora suporte a compensação do indébito apurado, e que não oponha quaisquer óbices à sua efetivação nos termos especificados;".

(...)

Portanto, merece reforma a sentença do juiz *a quo* quanto ao ICMS destacado na nota fiscal, uma vez que houve pedido na exordial no tocante a esse assunto, conforme se pode verificar.

Ademais, o artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo).

Assim, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris*:

(...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

Ante o exposto:

a) rejeito a preliminar e nego provimento à apelação da União e à remessa oficial;

b) dou provimento à apelação do contribuinte para reconhecer o direito da impetrante de excluir o ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como à sua compensação, nos moldes explicitados.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. APELAÇÃO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS. APELAÇÃO DO CONTRIBUINTE PROVIDA.

- Inicialmente, no que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos: *Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.*

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

- A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditiu seu voto. Plenário, 15.3.2017.

- Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, tal diploma normativo apenas manteve a expressão *total das receitas auferidas* (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade).

- No entanto, apesar de a mencionada lei incluir o § 5º ao artigo 12 deste decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente neste julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a este dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado.

- Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como *receita líquida* (receita bruta diminuída dos valores relativos a *devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta*). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de *tributos sobre ela incidentes*. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1.598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, *caput*, do Decreto-Lei n. 1.598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

- A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de débitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

- A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Correção monetária do indébito. Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012). No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial n.º 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (Resp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Aruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

- Ao se analisar a petição inicial, constata-se que o pedido realizado na exordial se refere a exclusão do ICMS destacado na nota fiscal da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como sua compensação, conforme se verifica. Portanto, merece reforma a sentença do juiz *a quo* quanto ao ICMS destacado na nota fiscal, uma vez que houve pedido na exordial no tocante a esse assunto, conforme se pode verificar.

- Ademais, o artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo).

- Assim, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris:(...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.* Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Preliminar rejeitada. Apelação da União desprovida, bem como à remessa oficial. Apelação do contribuinte provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar e negar provimento à apelação da União e à remessa oficial; dar provimento à apelação do contribuinte para reconhecer o direito da impetrante de excluir o ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como à sua compensação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0035186-54.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: KLEBER BRESCANSIN DE AMORES - SP227479-A

APELADO: LAUDIMIR MANOEL CARDOSO

Advogado do(a) APELADO: DELANO COIMBRA - SP40704-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0035186-54.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: KLEBER BRESCANSIN DE AMORES - SP227479-A

APELADO: LAUDIMIR MANOEL CARDOSO

Advogado do(a) APELADO: DELANO COIMBRA - SP40704-A

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra o Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo objetivando a declaração de nulidade da multa aplicada ao impetrante, bem como a indenização por danos morais.

O impetrante, economista devidamente registrado no Conselho Regional de Economia da 2.ª Região – São Paulo, sustenta que o impetrado lavrou indevidamente auto de infração, atribuindo-o a atividade ilegal, por ter elaborado laudo pericial contábil além de realizar trabalho cuja prerrogativa é exclusiva de contador. Requer a nulidade do referido ato administrativo, bem como a fixação de indenização, por danos morais, pelo constrangimento enfrentado.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar nula a cobrança administrativa ou judicial da multa aplicada pelo Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo, ratificando a medida liminar anteriormente deferida. Em relação ao pedido de condenação do impetrado em indenização, julgou-o improcedente.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Nas razões de apelação, o Conselho profissional sustenta a legalidade da autuação. Requer a improcedência do pedido inicial.

Houve apresentação de contrarrazões.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0035186-54.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: KLEBER BRESANSIN DE AMORES - SP227479-A

APELADO: LAUDIMIR MANOEL CARDOSO

Advogado do(a) APELADO: DELANO COIMBRA - SP40704-A

VOTO

De início, esclareço que o Código de Processo Civil de 1973 será o diploma processual aplicável ao deslinde da controvérsia, pois a r. sentença foi publicada na vigência do código revogado.

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil, e em seu inciso XIII, disciplina a liberdade para exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas na lei. Tratando-se de preceito constitucional de eficácia contida, o art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, permite que a legislação ordinária federal fixe critérios razoáveis para o exercício da atividade profissional.

Por outro lado, o poder de polícia conferido ao conselho profissional, de fiscalizar e autuar irregularidades, não possibilita ao órgão impor multas em face de terceiros que não sejam a ele filiados, como no caso concreto em que o impetrante, economista e filiado ao Conselho Regional de Economia, foi autuado e condenado a pagar multa, por exercício ilegal da profissão.

A jurisprudência desta Corte:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS (CRECI). EXERCÍCIO PROFISSIONAL POR TERCEIRO NÃO INSCRITO NOS QUADROS. CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O livre exercício profissional é um direito fundamental assegurado pela Constituição da República em seu art. 5º, XIII, desde que atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer. 2. Trata-se de norma de eficácia contida, ou seja, possui aplicabilidade imediata, podendo, contudo, ter seu âmbito de atuação restringido por meio de lei que estabeleça quais os critérios que habilitam o profissional ao desempenho de determinada atividade, sendo competência privativa da União legislar sobre organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões (art. 22, XVI). 3. Em relação aos Corretores de Imóveis, a regulamentação e a definição de direitos e deveres da categoria deram-se por meio da Lei n.º 6.530/78, que, muito embora atribua ao conselho em comento a fiscalização do exercício da profissão, não estabelece a possibilidade de imposição de multas em face de terceiros que não sejam Corretores de Imóveis ou pessoas jurídicas regularmente inscritas nos quadros da autarquia profissional. 4. Restaria ao conselho denunciar a apelada às autoridades, em razão do exercício irregular da profissão, nos termos do art. 47, da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n.º 3.688/41), sendo incabível a imposição de multa. 5. Apelação Improvida."

(ApCiv 0007668-44.2011.4.03.6102, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial I DATA:18/11/2013.)

"ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE IMÓVEIS. MULTA IMPOSTA A PESSOA NÃO INSCRITA EM SEUS QUADROS. ILEGALIDADE.

1. Consolidou-se a jurisprudência, firme no sentido de que não cabe ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis aplicar quaisquer sanções a pessoas físicas e jurídicas não inscritas em seus quadros.

2. Não se vê na Lei nº 6.530/78 nenhuma autorização para imposição de qualquer sanção a terceiros, ao contrário, seu art. 21 faz referência à possibilidade de imposição de sanções disciplinares "aos Corretores de imóveis e pessoas jurídicas".

3. Muito embora o art. 5º da mesma Lei atribua aos Conselhos a competência para fiscalizar o exercício da profissão de corretor de imóveis, disso não decorre a competência para impor quaisquer multas. A competência para "fixar" tais multas, isto é, para estabelecer o valor das multas, prevista no art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78, tampouco autoriza sua aplicação aos não inscritos.

4. Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, a que se nega provimento."

(TRF3, AMS n.º 0000101-70.2008.4.03.6100, Rel. Juiz Convocado Renato Barth, Terceira Turma, j. 05/07/2012, e-DJF3 27/07/2012)

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CONSELHO PROFISSIONAL - CORRETOR DE IMÓVEIS - EXERCÍCIO IRREGULAR DA PROFISSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. Sentença não sujeita ao reexame necessário, nos termos do artigo 475, parágrafo 2º do Código de Processo Civil. 2. A dilação probatória está condicionada ao exame de necessidade e da conveniência à instrução do feito. Convencendo-se o Juiz de que a lide comporta julgamento antecipado, com as provas já existentes nos autos, não há falar em cerceamento de defesa. 3. No presente caso, a sentença partiu de ponto incontroverso - o fato de que o apelado não estava inscrito no Conselho Regional de Corretores de Imóveis - para firmar a resolução da lide. 4. A autarquia federal deve-se pautar pelo princípio da legalidade. A Lei 6.530/78, que regulamentou a profissão de Corretor de Imóveis, disciplina o funcionamento de seus órgãos de fiscalização, mas não lhes confere competência para, expressamente, aplicar multa ou outras sanções a pessoa física não inscrita nesse Conselho Profissional. Neste passo, nem se poderia argumentar que a Resolução 316/1991 poderia dar espeque à autuação, em face de malferir o princípio da legalidade, por ultrapassar os limites do poder regulamentar. 5. Também não se poderia cogitar da inscrição, manu militari, de pessoas nesse órgão de classe, porque deveriam os interessados "possuir título de técnico em transações imobiliárias", nos termos do artigo 2º da lei 6.530/78. 6. Ainda que o artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal exija o atendimento de qualificações profissionais que a lei estabelecer para o exercício de profissões regulamentadas, não se pode extrair desse comando a imposição das sanções cominadas, por afronta ao princípio da legalidade, como acima anotado. Bem caminha a sentença, ao firmar que o exercício irregular de profissão pode gerar outras consequências, como a tipificação de contravenção penal, mas não admitir o exercício de poder de polícia administrativo sem espeque em lei. 7. Apelação a que se nega provimento."

Assim, se o conselho-réu, efetivamente, apurou conduta ilegal, de exercício irregular de profissão, teria a prerrogativa de comunicar as autoridades competentes para a apuração de eventual prática da contravenção penal, prevista no art. 47, do Decreto-Lei nº 3.688/41.

A r. sentença deve ser integralmente mantida.

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. AUTUAÇÃO. MULTA. EXERCÍCIO PROFISSIONAL POR TERCEIRO NÃO INSCRITO NOS QUADROS. IMPOSSIBILIDADE DE AUTUAÇÃO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

- O impetrante, economista devidamente registrado no Conselho Regional de Economia da 2.ª Região – São Paulo, sustenta que o impetrado lavrou indevidamente auto de infração, atribuindo-o a atividade ilegal, por ter elaborado laudo pericial contábil além de realizar trabalho cuja prerrogativa é exclusiva de contador. Requer a nulidade do referido ato administrativo, bem como a fixação de indenização, por danos morais, pelo constrangimento enfrentado.

- O art. 5º, caput, da Constituição Federal, dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil, e em seu inciso XIII, disciplina a liberdade para exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas na lei. Tratando-se de preceito constitucional de eficácia contida, o art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, permite que a legislação ordinária federal fixe critérios razoáveis para o exercício da atividade profissional.

- O poder de polícia conferido ao conselho profissional, de fiscalizar e autuar irregularidades, não possibilita ao órgão impor multas em face de terceiros que não sejam ele filiados, como no caso concreto em que o impetrante, economista e filiado ao Conselho Regional de Economia, foi autuado e condenado a pagar multa, por exercício ilegal da profissão.

- Apelação e remessa oficial e improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaramos Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002449-11.2020.4.03.6114

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: AGUAMAR TRANSPORTES LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: IRIS VANIA SANTOS ROSA - SP115089-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AGUAMAR TRANSPORTES LTDA.

Advogado do(a) APELADO: IRIS VANIA SANTOS ROSA - SP115089-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002449-11.2020.4.03.6114

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: AGUAMAR TRANSPORTES LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: IRIS VANIA SANTOS ROSA - SP115089-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AGUAMAR TRANSPORTES LTDA.

Advogado do(a) APELADO: IRIS VANIA SANTOS ROSA - SP115089-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela União (Id. 138721862) e pelo contribuinte (Id. 138721858) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, foi proferida nos seguintes termos (Id. 138721852):

(...) “**CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA**, com fulcro no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, para excluir do conceito de receita bruta os valores devidos a título de ICMS destacado, em qualquer regime de recolhimento, para fins de cálculo da COFINS e do PIS, bem como autorizo a compensação do quanto recolhido indevidamente, no quinquênio anterior à propositura da presente ação, observadas as disposições legais e infralegais correlatas, inclusive a obrigação de declarar o crédito tributário com a exigibilidade suspensa, guardar toda a documentação relativa ao mesmo crédito, enquanto não extinto, aguardar o trânsito em julga e apresentar pedido de habilitação de crédito, dentre outras.

O indébito tributário será corrigido somente pela taxa SELIC, a partir do pagamento indevido.

Sem condenação em honorários, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/2009.

Condeno a União ao reembolso das custas processuais adiantadas pelo impetrante”.

(...)

Requer a União, preliminarmente, o questionamento da matéria bem como o sobrestamento do feito, ao argumento da ausência de definitividade do acórdão proferido no RE nº 574.706 (artigo 1.040 do CPC). No mérito alega, em síntese, que:

a) com a superveniência da Lei n.º 12.973/2014, os valores relativos ao ICMS compõem a receita bruta das pessoas jurídicas;

b) estabeleceu-se como base de cálculo da COFINS a receita bruta e não a líquida, ou algo que ficasse no meio do caminho entre esses dois conceitos;

c) a importância do julgamento do RE 212.209/SP não se limita ao fato de que as discussões, se não são idênticas, em face das peculiaridades dos tributos, são na essência as mesmas (a possibilidade de se considerar o valor de um tributo como custo, fazendo parte, portanto, do preço do produto ou do serviço, o qual resultará na base de cálculo do mesmo ou de outro tributo);

d) o ICMS a ser excluído é o chamado “ICMS a recolher”, também chamado “ICMS escritural” - e não o ICMS destacado nas notas fiscais;

e) ausência de comprovação do pagamento do ICMS.

Contrarrrazões apresentadas pela parte adversa (Id. 138721874).

Por sua vez, o contribuinte requer que “o presente recurso de apelação seja conhecido e provido reformando a Sentença ID 33121077, eis que deixou de excluir o ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS/COFINS”.

Contrarrrazões da União (Id. 138721872).

Manifestação do Ministério Público Federal (Id. 139132624).

Embargos de declaração opostos pelo contribuinte (Id. 141402748) ante a decisão que recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo (Id. 140028558).

Resposta da União (Id. 143364149).

É o relatório.

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: AGUAMAR TRANSPORTES LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: IRIS VANIA SANTOS ROSA - SP115089-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AGUAMAR TRANSPORTES LTDA.

Advogado do(a) APELADO: IRIS VANIA SANTOS ROSA - SP115089-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, em virtude de ter sido concedida parcialmente a segurança, submeto a sentença ao reexame necessário, nos moldes do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

- Do pedido de sobrestamento do feito

Inicialmente, no que toca à preliminar apresentada pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE nº 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683--AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

- Do mérito

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão dos valores de ICMS e ISS na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

Da exclusão do ICMS

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, nos termos da jurisprudência aludida, é de ser afastada a incidência do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

- Da exclusão do ISS

- Fato gerador das contribuições sociais

A hipótese constitucional de incidência das contribuições sociais, na parte em que interessa ao caso vertente, está prevista no artigo 195, inciso I, alínea 'b', e tem como fato gerador a receita ou o faturamento:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

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

...

b) a receita ou o faturamento;

...

É imprescindível, portanto, estabelecer os contornos do que é "receita ou faturamento" para determinar se os valores relativos à exação debatida neles se enquadram e, quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal assentou que, para efeitos de interpretação do texto constitucional, o fato gerador previsto pelo inciso I do artigo 195 é a receita obtida com a venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços (ADC 1/DF, RE 346.084/PR), em respeito ao artigo 110 do Código Tributário Nacional. No julgamento do RE nº 585.235, o Ministro Cezar Peluso relacionou o faturamento à "soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais", de forma que o conceito envolve riqueza própria, auferida com a atividade econômica desenvolvida pela pessoa jurídica, conforme seu objeto social. O ISS, por sua vez, é tributo de competência dos municípios, incidente sobre a prestação de serviços. Admitir sua inclusão na base de cálculo das contribuições resulta na conclusão absurda de que a empresa produz o ISS, como se a geração de impostos fosse perseguida pelo objeto social de uma organização mercantil ou similar. Assim, o ISS não se amolda ao conceito de faturamento, porque é tributo e, dessa maneira, não representa: 1) receita auferida pela atividade econômica da pessoa jurídica; e 2) riqueza que tenha sido integrada ao seu patrimônio. Inserir na base de cálculo das contribuições sociais parcela que não se subsume na hipótese constitucional de incidência viola o postulado da legalidade previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

- Distinção entre os conceitos de preço e faturamento

É cediço que a natureza do ISS (tributo indireto) e sua estrutura fazem com que ele componha o preço da operação. No entanto, conforme exposto, o faturamento não advém da soma dos preços cobrados, mas da riqueza que decorre do negócio, na qual um ônus fiscal não pode estar incluído. Preço é conceito que não se confunde com o de faturamento, cuja definição deve ser extraída da interpretação sistemática da Constituição, âmbito no qual carece de sentido a tributação sobre tributo, sob pena de violação aos princípios basilares do sistema tributário, especialmente o da capacidade contributiva. O valor da operação pago pelo consumidor não se presta como alicerce para a construção do conceito constitucional de faturamento que, conforme explicitado, está vinculado à expressão econômica auferida pela realização da atividade da empresa, em que não se inclui a produção de impostos. A esse respeito, transcrevo trecho do voto do Ministro Cezar Peluso no RE 346.084/PR:

Sr. Presidente, gostaria de enfatizar meu ponto de vista, para que não fique nenhuma dúvida ao propósito. Quando me referi ao conceito construído sobretudo no RE 150.755, sob a expressão receita bruta de venda de mercadorias e prestação de serviço, quis significar que tal conceito está ligado à ideia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se inclui todo incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas. (grifei)

Em relação às Súmulas n.º 264/TFR, n.º 68/STJ e n.º 94/STJ, necessário esclarecer que o posicionamento firmado naqueles enunciados decorreu essencialmente do fundamento de que o imposto estadual inclui-se no preço da transação e, conseqüentemente, condiz com o conceito de faturamento, conclusão que não pode prosperar diante da já exposta diferenciação entre os dois institutos abordados.

- Princípios do Direito Tributário. Capacidade contributiva

O sistema tributário é regido pela legalidade e, assim, o Estado exerce seu poder de tributar por meio de uma relação jurídica e não pela força, de forma a se sujeitar ao regime insculpido pelas limitações constitucionais ao seu poder-direito. Nesse sentido, é a doutrina de Hugo de Brito Machado, em "Curso de direito tributário", 29ª ed., p. 50: "o Direito Tributário existe para delimitar o poder de tributar, transformando a relação tributária, que antigamente foi uma relação simplesmente de poder, em relação jurídica". É nesse contexto que surgem os princípios constitucionais do Direito Tributário, entre eles a legalidade, a anterioridade, a isonomia, a irretroatividade e a vedação ao confisco, este derivado do princípio da capacidade contributiva, segundo o qual a atuação do fisco deve respeitar a aptidão do contribuinte para suportar a carga tributária sem que haja perecimento da riqueza tributável que a lastreia. Roque Carrazza ensina que: "não se pode, em homenagem aos princípios da capacidade contributiva e da não confiscatoriedade, assujeitar um mesmo fato econômico à incidência de tantos impostos, que acabem por retirar do contribuinte o mínimo vital a que estamos aludindo" (in "Curso de direito constitucional tributário", 24ª ed., p. 102 - Malheiros). Nesse ponto, cumpre afirmar a falta de razoabilidade de se incluir um tributo na base de cálculo de outro. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, em voto proferido no RE 240.785-2/MG: "Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus (...). A tributação sobre imposto fere a lógica do próprio ordenamento, sobretudo quando esse resultado só é atingido pela distorção do conceito constitucionalmente previsto como fato gerador. Em respeito ao sistema, não pode o legislador, sob uma falsa legalidade, manipular a definição de um instituto para criar tributo sobre qualquer situação indiscriminadamente, inclusive sobre montante que sequer representa ingresso de valor para o contribuinte e não configura expressão de riqueza.

- ISS como custo repassado ao comprador

O ISS é um imposto que compõe o preço da operação, porém, a circunstância de ser cobrado do comprador não lhe altera a natureza de tributo, característica, aliás, impassível de ser adulterada por maior que seja o esforço argumentativo utilizado. Pretender lhe conferir qualidade diversa é supor que o exercício intelectual possa modificar a própria realidade. O fato de o valor do ISS ser distinguível na fatura ou nota fiscal apenas explicita a sua condição de ônus fiscal, perfeitamente destacável da base de cálculo das contribuições sociais, raciocínio que se justifica a fim de respeitar as limitações ao poder arrecadatório e garantir a coerência do sistema.

Destarte, entendo que a base de cálculo do PIS e da COFINS não pode extrapolar o montante percebido pela pessoa jurídica com a atividade econômica e, sob qualquer ângulo que se examine a questão, inviável o enquadramento do ISS naquele conceito, razão porque deve ser excluída a parcela relativa ao imposto municipal da incidência das contribuições sociais em debate. Não há que se falar, ainda, em violação aos artigos 150 da Constituição, 111 do CTN ou interpretação extensiva das deduções previstas nas Leis Complementares 07/70 e 70/91, uma vez que não se trata de outorgar isenção, mas de reconhecer a não subsunção do presente caso na hipótese legal de incidência do ISS (TRF 3ª Região, AMS n.º 329936, 00158323820104036100, Terceira Turma, rel. Des. Federal MARCIO MORAES, Julg.: 25/10/2012, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/11/2012).

Além disso, afigura-se plenamente cabível a aplicação do mesmo raciocínio utilizado no julgamento do RE n.º 574.706, o qual estabeleceu o afastamento do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, à situação concreta apresentada nos autos. Nesse contexto, nos termos da jurisprudência aludida, é de ser afastada a incidência do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

- Da Lei n. 12.973/14

Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade), *verbis*:

Art. 54. A Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)

Art. 55. A Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)

Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado, *verbis*:

Nesse sentido, de modo legítimo dispõem as atuais leis dos regimes cumulativo e não cumulativo que a base de cálculo do PIS/Cofins compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do DL nº 1.598/773, cujo §5º afirma que nela se incluem "os tributos sobre ela incidentes". Ao lado disso, aquelas mesmas leis estabelecem que não integram a base de cálculo dessas contribuições as receitas referentes a certas situações, como vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. As exclusões exemplificadas, de fato, prescindiriam de previsão legal, já que estão fora do âmbito da materialidade das contribuições em comento, o que não ocorre com o ônus financeiro do ICMS repassado para o preço da mercadoria ou do serviço e, ao fim, transferido para a receita ou o faturamento.

(páginas 96 e 97 – voto do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli)

Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

Reconhecida a inexigibilidade, faz-se necessária a análise do pedido de restituição.

-Do prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 30/04/2020 (Id. 138721131). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

-Da necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

-Da compensação de valores indevidamente recolhidos

A impetrante pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996: *(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)*

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; *(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)*

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2020, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Do ICMS a recolher

O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, cerne da análise contábil ou escritural desse tributo).

Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris*:

(...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Da correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliente-se que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (*AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012*).

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária. (*REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009*).

Os embargos de declaração opostos pelo contribuinte restaram prejudicados ante o presente julgamento (Id. 141402748).

Ante o exposto:

a) rejeito a preliminar, nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento à remessa oficial, tida por ocorrida, para determinar que a compensação seja efetivada com as limitações impostas, conforme explicitado;

b) dou provimento à apelação do contribuinte para julgar procedente o pedido e conceder a ordem para declarar o direito da recorrente proceder à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como deferir o pleito de compensação do *quantum* pago a maior a título das contribuições debatidas, nos últimos 05 anos, acrescidos de correção monetária e de juros de mora, com as limitações explicitadas no voto.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS E ISS NA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDA. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DO CONTRIBUINTE PROVIDA.

- Inicialmente, no que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos: *Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.*

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS e ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

- A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditiu seu voto. Plenário, 15.3.2017.

- É cediço que a natureza do ISS (tributo indireto) e sua estrutura fazem com que ele componha o preço da operação. No entanto, conforme exposto, o faturamento não advém da soma dos preços cobrados, mas da riqueza que decorre do negócio, na qual um ônus fiscal não pode estar incluído. Preço é conceito que não se confunde com o de faturamento, cuja definição deve ser extraída da interpretação sistemática da Constituição, âmbito no qual carece de sentido a tributação sobre tributo, sob pena de violação aos princípios basilares do sistema tributário, especialmente o da capacidade contributiva. O valor da operação pago pelo consumidor não se presta como alíquota para a construção do conceito constitucional de faturamento que, conforme explicitado, está vinculado à expressão econômica auferida pela realização da atividade da empresa, em que não se inclui a produção de impostos. A esse respeito, transcrevo trecho do voto do Ministro Cezar Peluso no RE 346.084/PR: *Sr. Presidente, gostaria de enfatizar meu ponto de vista, para que não fique nenhuma dúvida ao propósito. Quando me referi ao conceito construído sobretudo no RE 150.755, sob a expressão receita bruta de venda de mercadorias e prestação de serviço, quis significar que tal conceito está ligado à ideia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se inclui todo incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas.*

- Em relação às Súmulas n.º 264/TFR, n.º 68/STJ e n.º 94/STJ, necessário esclarecer que o posicionamento firmado naqueles enunciados decorreu essencialmente do fundamento de que o imposto estadual inclui-se no preço da transação e, conseqüentemente, condiz com o conceito de faturamento, conclusão que não pode prosperar diante da já exposta diferenciação entre os dois institutos abordados.

- Não procede a afirmação de que a exação municipal é um custo repassado no preço do serviço. O ISS é um imposto que compõe o preço da operação, porém, a circunstância de ser cobrado do comprador não lhe altera a natureza de tributo, característica, aliás, impassível de ser adulterada por maior que seja o esforço argumentativo utilizado. Pretender lhe conferir qualidade diversa é supor que o exercício intelectual possa modificar a própria realidade. O fato de o valor do ISS ser distinguível na fatura ou nota fiscal apenas explicita a sua condição de ônus fiscal, perfeitamente destacável da base de cálculo das contribuições sociais, raciocínio que se justifica a fim de respeitar as limitações ao poder arrecadatório e garantir a coerência do sistema.

- Destarte, entendo que a base de cálculo do PIS e da COFINS não pode extrapolar o montante percebido pela pessoa jurídica com a atividade econômica e, sob qualquer ângulo que se examine a questão, inviável o enquadramento do ISS naquele conceito, razão porque deve ser excluída a parcela relativa ao imposto municipal da incidência das contribuições sociais em debate. Não há que se falar, ainda, em violação aos artigos 150 da Constituição, 111 do CTN ou interpretação extensiva das deduções previstas nas Leis Complementares 07/70 e 70/91, uma vez que não se trata de outorgar isenção, mas de reconhecer a não submissão do presente caso na hipótese legal de incidência do ISS.

- Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, tal diploma normativo apenas manteve a expressão *total das receitas auferidas* (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade).

- No entanto, apesar de a mencionada lei incluir o § 5º ao artigo 12 deste decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente neste julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a este dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado.

- Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como *receita líquida* (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

- A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

- No tocante à comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP** e do **Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas. Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG** e n.º 1.167.039/DF representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. A ação foi proposta em 2020, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- O artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88 estabelece a não cumulatividade desse imposto, a qual se perfaz no mundo fático por meio da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores. Assim, parte do pagamento do ICMS é efetivada com créditos decorrentes das operações antecedentes (decorrência lógica do regime não cumulativo) e tal fato jamais pode configurar impeditivo à sua exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, dado que, embora esteja contabilmente escriturado (porque destacado em nota fiscal), não constitui receita ou faturamento do contribuinte, uma vez que há repasse integral aos cofres do Estado, independentemente do momento (na forma de créditos ou de moeda corrente, a depender do resultado da contraposição entre créditos e débitos de ICMS, ceme da análise contábil ou escritural desse tributo).

- Ademais, no julgamento do RE n. 574.706, restou efetivamente discutida essa questão, dado que a não cumulatividade do ICMS foi analisada tanto sob o ponto de vista contábil quanto o jurídico, conforme explicitado no voto proferido pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão), *litteris: (...) conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.* Dessa forma, bem como nos moldes do artigo 13, §1º, da LC n. 87/96, os numerários de ICMS permitem destaque na respectiva nota fiscal e, portanto, jamais podem integrar o preço da mercadoria ou da prestação do serviço para fins de cálculo da receita bruta do contribuinte.

- Correção monetária do indébito. Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012). No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial n.º 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

- Preliminar rejeitada. Apelação da União desprovida. Remessa oficial, tida por ocorrida, parcialmente provida para determinar que a compensação seja efetivada com as limitações impostas. Apelação do contribuinte provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar, negar provimento à apelação da União e dar parcial provimento à remessa oficial, tida por ocorrida, para determinar que a compensação seja efetivada com as limitações impostas; dar provimento à apelação do contribuinte para julgar procedente o pedido e conceder a ordem para declarar o direito da recorrente proceder à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como deferir o pleito de compensação do quantum pago a maior a título das contribuições debatidas, nos últimos 05 anos, acrescidos de correção monetária e de juros de mora, com as limitações explicitadas, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5008269-20.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROGERIO APARECIDO RUY - SP155325-A

AGRAVADO: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5008269-20.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROGERIO APARECIDO RUY - SP155325-A

AGRAVADO: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO, em face da decisão que, em sede de execução fiscal, deferiu a expedição da CPEN e determinou a abstenção da inclusão do nome da executada no CADIN, se não houver outros débitos, bem como a abstenção de protesto.

Sustenta a agravante, em síntese, que o seguro-garantia não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito; pugna pela reforma da decisão agravada, para estabelecer a não aceitação do seguro garantia ofertado, bem como que eventual aceitação não tem o condão de elidir os efeitos do protesto realizado, e tampouco de suspender a exigibilidade do(s) crédito(s) em cobro, não sendo possível a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, nem a exclusão do CADIN.

A NESTLE BRASIL LTDA. apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5008269-20.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROGERIO APARECIDO RUY - SP155325-A

AGRAVADO: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

VOTO

Por primeiro, verifico que houve aceitação expressa da apólice do seguro-garantia apresentada, por parte do exequente, conforme documento de ID 28552290 (autos principais), tendo tal conduta, inclusive, norteador a decisão do juízo *a quo*. Outrossim, qualquer insurgência nesse tocante deveria ter sido apresentada perante aquele juízo, motivo pelo qual deixo de conhecer do pedido, neste ponto, sob pena de indevida supressão de instância.

Pois bem.

Anote-se que a questão atinente à possibilidade de o contribuinte garantir o juízo de forma antecipada, antes mesmo do ajuizamento do feito executivo, foi objeto de análise pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento que obedeceu à sistemática prevista no art. 543-C, do Código de Processo Civil/1973, ocasião em que se consolidou o entendimento favorável ao cidadão, na medida em que entendimento diverso implicaria impor ao contribuinte que contra ele teve ajuizada ação de execução fiscal condição mais favorável do que aquele contra o qual ainda não houve o ajuizamento.

Cabe, portanto, analisar a possibilidade de se garantir o juízo por meio de seguro-garantia, com a produção de efeitos similares ao da penhora.

Como efeito, a respeito do tema, a Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), com as recentes alterações trazidas pela Lei nº 13.043/14, dispõe que:

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária ou seguro-garantia; (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014) Vigência

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou

IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

Deste modo, observa-se que, por expressa previsão legal, ao contribuinte é dada a possibilidade de garantir o juízo mediante apresentação de seguro-garantia.

O seguro-garantia tem a finalidade de assegurar a satisfação do crédito exequendo, mesmo antes do ingresso da execução por parte do Fisco. Nos termos do § 3º do artigo 9º da Lei nº 6.830/80, produz os mesmos efeitos da penhora.

Ainda, pertinente esclarecer que, conforme decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento que obedeceu à sistemática dos recursos repetitivos, prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil/1973, a fiança bancária não se equipara ao depósito em dinheiro para fins de suspensão do crédito tributário (art. 151 do CTN), podendo, contudo, ser equiparada à penhora e, observado o quantum afluente, consiste fundamento suficiente para expedição de certidão positiva com efeitos de negativa (REsp 1156668/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010). O mesmo raciocínio se aplica ao seguro-garantia, vez que se trata de modalidade semelhante à fiança bancária, prevista no mesmo dispositivo legal e com a mesma finalidade.

Quanto ao Cadastro Informativo de créditos não-quitados do setor público federal (CADIN), o mesmo encontra-se atualmente regulado pela Lei 10.522 de 19/07/2002, que prevê em seu artigo 7º a possibilidade de suspender o registro no CADIN quando comprovado o ajuizamento de ação com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo ou esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, *verbis*:

Art. 7º Será suspenso o registro no Cadin quando o devedor comprove que:

I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei;

II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei.

No caso dos autos, da análise dos documentos trazidos, verifica-se que a agravante comprovou a existência de seguro-garantia, o qual, reitero-se, foi aceito pelo exequente.

Outrossim, eventuais irregularidades da apólice apresentada deverão ser discutidas no feito de origem e eventualmente sanadas pela agravante, não sendo possível discutir tal matéria no presente recurso, porquanto não foi objeto de deliberação pela decisão agravada.

Assim, restou comprovado que foram preenchidos os requisitos do art. 7º da Lei nº 10.522/2002, razão pela qual está demonstrado *ofumus boni iuris*.

No tocante à abstenção de eventuais protestos, ainda que se entenda que a União possui meios aptos a reaver seus créditos, não se afigura desarrazoado o protesto para forçar o adimplemento de crédito. Vale observar que o protesto não tem como finalidade apenas provar a inadimplência do devedor, ou mesmo fazer prova de que o devedor deixou de pagar no vencimento, pelo que a presunção de certeza e liquidez do título (artigo 204 do CTN) não constitui óbice ao pleito da Fazenda.

Não obstante, no caso concreto, houve garantia idônea apresentada, assim, deverá ser deferido o pedido de abstenção de eventuais protestos.

Presente, igualmente, o *periculum in mora*, eis que a eficácia da tutela jurisdicional visa evitar danos irreparáveis à ora agravante, na medida que a inclusão de seu nome no CADIN ou qualquer órgão restritivo de crédito configura grande gravame à parte.

Ante o exposto, **conheço em parte do agravo de instrumento e, na parte conhecida, nego-lhe provimento**, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO-GARANTIA. ABSTENÇÃO DE INSCRIÇÃO NO CADIN E PROTESTO. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDO.

- Por primeiro, verifico que houve aceitação expressa da apólice do seguro-garantia apresentada, por parte do exequente, conforme documento de ID 28552290 (autos principais), tendo tal conduta, inclusive, norteado a decisão do juízo a quo. Outrossim, qualquer insurgência nesse tocante deveria ter sido apresentada perante aquele juízo, motivo pelo qual deixo de conhecer do pedido, sob pena de indevida supressão de instância.
- Anote-se que a questão atinente à possibilidade de o contribuinte garantir o juízo de forma antecipada, antes mesmo do ajuizamento do feito executivo, foi objeto de análise pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento que obedeceu à sistemática prevista no art. 543-C, do Código de Processo Civil/1973, ocasião em que se consolidou o entendimento favorável ao cidadão, na medida em que entendimento diverso implicaria impor ao contribuinte que contra ele teve ajuizada ação de execução fiscal condição mais favorável do que aquele contra o qual ainda não houve o ajuizamento.
- O seguro-garantia tem a finalidade de assegurar a satisfação do crédito exequendo, mesmo antes do ingresso da execução por parte do Fisco. Nos termos do § 3º do artigo 9º da Lei nº 6.830/80, produz os mesmos efeitos da penhora.
- Ainda, pertinente esclarecer que, conforme decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento que obedeceu à sistemática dos recursos repetitivos, prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil/1973, a fiança bancária não se equipara ao depósito em dinheiro para fins de suspensão do crédito tributário (art. 151 do CTN), podendo, contudo, ser equiparada à penhora e, observado o quantum afaçamento, consiste fundamento suficiente para expedição de certidão positiva com efeitos de negativa (REsp 1156668/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010). O mesmo raciocínio se aplica ao seguro-garantia, vez que se trata de modalidade semelhante à fiança bancária, prevista no mesmo dispositivo legal e com a mesma finalidade.
- Quanto ao Cadastro Informativo de créditos não-quitados do setor público federal (CADIN), o mesmo encontra-se atualmente regulado pela Lei 10.522 de 19/07/2002, que prevê em seu artigo 7º a possibilidade de suspender o registro no CADIN quando comprovado o ajuizamento de ação como oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo ou esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro.
- No caso dos autos, da análise dos documentos trazidos, verifica-se que a agravante comprovou a existência de seguro-garantia, o qual, reitero-se, foi aceito pelo exequente.
- Outrossim, eventuais irregularidades da apólice apresentada deverão ser discutidas no feito de origem e eventualmente sanadas pela agravante, não sendo possível discutir tal matéria no presente recurso, porquanto não foi objeto de deliberação pela decisão agravada.
- Assim, restou comprovado que foram preenchidos os requisitos do art. 7º da Lei nº 10.522/2002, razão pela qual está demonstrado o *fumus boni iuris*.
- No tocante à abstenção de eventuais protestos, ainda que se entenda que a União possui meios aptos a reaver seus créditos, não se afigura desarrazoado o protesto para forçar o adimplemento de crédito. Vale observar que o protesto não tem como finalidade apenas provar a inadimplência do devedor, ou mesmo fazer prova de que o devedor deixou de pagar no vencimento, pelo que a presunção de certeza e liquidez do título (artigo 204 do CTN) não constitui óbice ao pleito da Fazenda.
- Não obstante, no caso concreto, houve garantia idônea apresentada, assim, deverá ser deferido o pedido de abstenção de eventuais protestos.
- Presente, igualmente, o *periculum in mora*, eis que a eficácia da tutela jurisdicional visa evitar danos irreparáveis à ora agravante, na medida que a inclusão de seu nome no CADIN ou qualquer órgão restritivo de crédito configura grande gravame à parte.
- Agravo de instrumento parcialmente conhecido e, na parte conhecida, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu conhecer em parte do agravo de instrumento e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004272-05.2020.4.03.6119

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FIX IMPLEMENTOS RODOVIARIOS - COMERCIO E SERVICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCIO JOSE DE OLIVEIRA LOPES - SP245483-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004272-05.2020.4.03.6119

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FIX IMPLEMENTOS RODOVIARIOS - COMERCIO E SERVICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCIO JOSE DE OLIVEIRA LOPES - SP245483-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela **União** (Id. 136710898) contra sentença que, em sede de mandado de segurança, foi proferida nos seguintes termos (Id. 136710895):

[...] “**CONCEDO A SEGURANÇA**, extinguindo o processo com resolução de mérito (art. 487, I, do CPC), para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, com base no montante declarado na nota fiscal, bem como para declarar o direito da impetrante à compensação ou restituição dos valores que recolheu a esse título, sujeita a controle posterior pelo Fisco, que deverá atender ao disposto nesta decisão, observado o prazo prescricional quinquenal. A compensação, no entanto, somente poderá ser realizada após o trânsito em julgado, nos termos do artigo 170-A do Código Tributário Nacional. Atualização monetária pela aplicação da taxa SELIC, em conformidade com o disposto no parágrafo 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/1995, conforme Manual de Cálculos da Justiça Federal.

É devido o reembolso das custas processuais para a impetrante.

Sem condenação em honorários, na forma do artigo 25 da Lei n. 12.016/2009.

Sentença sujeita a reexame necessário, na forma do artigo 14, § 1º, da Lei n. 12.106/2009.”.

(...)

Sustenta a União, preliminarmente, que a decisão do STF no **RE 574.706**, além de encontrar-se pendente de publicação e não ser possível inferir com segurança toda a sua extensão e alcance, será ainda objeto de nova apreciação quanto à modulação de seus efeitos, a ser oportunamente postulada pela fazenda nacional, à vista das graves consequências que podem advir da sua aplicação com eficácia *ex tunc* para as finanças públicas, razão pela qual a solução mais prudente e compatível com a coerência e estabilidade que se espera de um sistema de precedentes é o sobrestamento do processo até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração (artigo 1.040 do Código de Processo Civil). No mérito, alega, em síntese, que:

a) os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS devem integrar a base de cálculo de tais contribuições (Lei nº 10.637/2002, Lei nº 10.833/2003, Lei 9.718/98, Lei 9.715/98, Lei Complementar nº 07/70 e 70/1991, 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal e Súmulas nºs 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça, EC nº 20/98, LC 87/96);

b) a importância do julgamento do **RE 212.209/SP** não se limita ao fato de que as discussões, se não são idênticas, em face das peculiaridades dos tributos, são na essência as mesmas (a possibilidade de se considerar o valor de um tributo como custo, fazendo parte, portanto, do preço do produto ou do serviço, o qual resultará na base de cálculo do mesmo ou de outro tributo);

c) a Lei nº 12.973/2014 expressamente consignou que estão incluídos na receita bruta os tributos sobre ela incidentes (inclui o ICMS);

d) o regime jurídico da compensação tributária deve ser estabelecido em lei específica, observadas as normas gerais do Código Tributário Nacional, nos termos do art. 170 deste diploma, bem como que o período de apuração tanto do crédito quanto do débito deve ser posterior à utilização do e-Social (Lei n. 13.670/2018);

e) a impossibilidade de restituição administrativa de indébito reconhecida judicialmente.

Pleiteia a reforma da sentença.

Contrarrazões apresentadas pela parte adversa (Id. 136710903).

Parecer do Ministério Público Federal (Id. 137421244).

É o relatório.

APELADO: FIX IMPLEMENTOS RODOVIARIOS - COMERCIO E SERVICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCIO JOSE DE OLIVEIRA LOPES - SP245483-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Do pedido de sobrestamento do feito

Observo que, no que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE nº 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - -AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Do mérito

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "QICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditiou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, como requerido.

Da Lei n. 12.973/14

Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade), *verbis*:

Art. 54. A Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 55. A Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)”

Art. 2º O [Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o [inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#), das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado, *verbis*:

Nesse sentido, de modo legítimo dispõem as atuais leis dos regimes cumulativo e não cumulativo que a base de cálculo do PIS/Cofins compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do DL nº 1.598/773, cujo §5º afirma que nela se incluem "os tributos sobre ela incidentes". Ao lado disso, aquelas mesmas leis estabelecem que não integram a base de cálculo dessas contribuições as receitas referentes a certas situações, como vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. As exclusões exemplificadas, de fato, prescindiriam de previsão legal, já que estão fora do âmbito da materialidade das contribuições em comento, o que não ocorre com o ônus financeiro do ICMS repassado para o preço da mercadoria ou do serviço e, ao fim, transferido para a receita ou o faturamento.

(páginas 96 e 97 – voto do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli)

Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

Reconhecida a inexistência, faz-se necessária a análise do pedido de restituição.

Do prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **29/05/2020** (Id. 136710629). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Da necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP** e do **Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

Da compensação de valores indevidamente recolhidos

A impetrante pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2020, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Da impossibilidade de restituição administrativa

Alega a União não ser adequada a via processual escolhida pela apelante, qual seja, o mandado de segurança, pois a celeridade de sua tramitação *não se coaduna com pleito de compensação de créditos tributários* (Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal). Entretanto, há muito o STJ editou a Súmula n. 213, que dispõe: *o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*. Aquela corte, ademais, sumulou (Súmula n. 461) que *o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado*. Por fim, destaco o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EFICÁCIA EXECUTIVA DE SENTENÇA DECLARATÓRIA. VIA ADEQUADA. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. RESP PARADIGMA 1.114.404/MG. SÚMULAS 213 E 461 DO STJ.

1. "A sentença do Mandado de Segurança, de natureza declaratória, que reconhece o direito à compensação tributária (Súmula 213/STJ: 'O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária'), é título executivo judicial, de modo que o contribuinte pode optar entre a compensação e a restituição do indébito (Súmula 461/STJ: 'O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado')." (REsp 1.212.708/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/4/2013, DJe 9/5/2013).

2. O mandado de segurança transitado em julgado reconheceu à empresa contribuinte restituir-se dos valores pagos a maior em decorrência da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n.

2.445/88 e 2.448/88, o que legitima à recorrente a "opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor (...) pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito" (REsp 1114404/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/2/2010, DJe 1º/3/2010 - submetido ao rito dos recursos repetitivos).

3. A possibilidade de a sentença mandamental declarar o direito à compensação (ou creditamento), nos termos da Súmula 213/STJ, de créditos ainda não atingidos pela prescrição não implica concessão de efeitos patrimoniais pretéritos à impetração. O referido provimento mandamental, de natureza declaratória, tem efeitos exclusivamente prospectivos, o que afasta os preceitos da Súmula 271/STF. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1466607 / RS; Rel. Min. Humberto Martins; 2ª Turma; j. 05/03/2015).

Da correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012).

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária. (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

Ante o exposto, rejeito a preliminar, dou parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial para determinar que a compensação seja efetivada com as limitações impostas, conforme explicitado.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. APELO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.

- Inicialmente, no que toca ao pedido de sobrestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040 pelos motivos indicados.

- Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos: *Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 - AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.*

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

- A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditiu seu voto. Plenário, 15.3.2017.

- Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e a COFINS e ao contrário do que sustentava a União, apenas manteve a expressão *total das receitas auferidas* (artigos 54 e 55 – para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 – para a sistemática da cumulatividade).

- No entanto, apesar de a lei incluir o § 5º ao artigo 12 desse decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente nesse julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a esse dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado.

- Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como *receita líquida* (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN.

- A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

- No tocante à comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do **Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP**, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

- Deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. A ação foi proposta em 2020, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Alega a União não ser adequada a via processual escolhida pela apelante, qual seja, o mandado de segurança, pois a celeridade de sua tramitação não se coaduna com pleito de compensação de créditos tributários (Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal). Entretanto, há muito o STJ editou a Súmula n. 213, que dispõe: *o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária. Aquela corte, ademais, sumulou (Súmula n. 461) que o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.* Por fim, destaque o seguinte julgado. Precedente.

- Correção monetária do indébito. Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012). No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial n.º 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

- Rejeitada a preliminar. Remessa oficial e apelação da União parcialmente providas para determinar que a compensação seja efetivada com as limitações impostas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar, dar parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial para determinar que a compensação seja efetivada com as limitações impostas, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033983-79.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: REBECA VITORETTI PARMIGIANI

Advogados do(a) AGRAVANTE: BEATRIZ DE LIMA ROJAS RODRIGUES - SP436758, ANELISE BORGUEZI DIOGO - SP439581, BEATRIZ VENDRAMINI RAUSSE - SP444392

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/12/2020 772/837

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos em plantão judiciário.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Rebeca Vitoretto Parmigiani em face de decisão que, em ação ordinária, indeferiu a liminar em que requer seja tomado sem efeito o ato administrativo que excluiu a autora do concurso público para concorrer à vaga no Curso de Formação de Oficiais Aviadores.

Aduz a agravante, em síntese, que não questiona a imposição de limite de idade no concurso do qual participa, em abstrato, mas aponta que a limitação de idade a ser estipulada deve ser coerente com o exercício da função a ser desempenhada e com os outros dispositivos constitucionais, como os princípios da razoabilidade e igualdade/isonomia, o que não ocorreu no caso em concreto. Pede a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É o relatório. Decido.

Nos termos do disposto no artigo 71, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, bem como da Portaria n. 88/17 e da Portaria Pres. n. 2.071/2020 da Presidência desta Corte, serão apreciados durante o plantão somente os feitos urgentes, desde que demonstrada a possibilidade de ocorrer o perecimento do direito no período.

No caso em exame, em que pese o alegado *periculum in mora*, não houve demonstração da probabilidade de perecimento de direito.

O próprio recorrente narra, em seu recurso, que as próximas etapas do certame estavam previstas para se iniciarem entre 07 e 14 de dezembro de 2020, o que já ocorreu, e em fevereiro de 2021, inexistindo hipótese de perecimento a ser resguardada em sede de plantão de recesso.

Não é demais destacar, ainda, que o indeferimento do pedido de concessão de tutela antecipada ocorreu no dia 10 de dezembro de 2020, com disponibilização no DJe em 15/12/2020, de modo que também por tal motivo não se justifica a análise do pedido de antecipação da tutela recursal em sede de plantão judiciário.

Nesse sentido, não cabe a esta Relatora substituir-se ao Juízo Natural, mas apenas adotar, uma vez constatada a plausibilidade jurídica, medidas que resguardem direitos e evitem o seu perecimento, até que possa o juiz natural apreciá-las como devido.

Desse modo, na hipótese, incabível a apreciação excepcional no período de plantão.

O presente recurso deverá ser encaminhado à Relatoria designada, resguardando-se sua competência para o exame do pedido e para a adoção das providências pertinentes ao processamento deste recurso.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001341-81.2019.4.03.6113

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RUBBERFRAN COMERCIO INDUSTRIA IMPORTACAO E EXPORTACAO DE PRODUTOS QUIMICOS LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: MARCELO AUGUSTO DA SILVEIRA - SP135562-A, SAULO GONCALVES DUARTE - SP329118-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), tendo em vista que no presente feito há **anotação de sigilo/segredo**, procedi, nesta data, à intimação das partes do v. acórdão de ID [149448257](#), por meio deste ato ordinatório.

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003205-18.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: VALDECIR DOS PASSOS

Advogados do(a) APELADO: ROSELENE DOS SANTOS SILVA PAIVA - SP386146-A, PEDRO PAULO SATURNINO - SP396320-A, ABNER DOS SANTOS LIMA - SP396934-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, tendo em vista a **tempestividade** dos embargos de declaração id [148527170](#), faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**VALDECIR DOS PASSOS**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0038444-34.2015.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: JOSE CARLOS TONIN

Advogado do(a) APELADO: CELSO ALVES FEITOSA - SP26464-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, tendo em vista a **tempestividade** dos embargos de declaração de id [149559605](#), faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**JOSE CARLOS TONIN**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017089-28.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: G. B. D. S. P.

REPRESENTANTE: ISABELA BENETTON DE SOUZA PEREIRA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ISABELA BENETTON DE SOUZA PEREIRA - SP250441, JULIANA ANDREA ESTEVES PEREIRA SAAVEDRA - SP173944

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SAO PAULO, MUNICIPIO DE CAMPINAS

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por G. B. D. S. P. em face da r. decisão que, em sede de ação ordinária, indeferiu o pedido de tutela de urgência objetivando seja determinado que os agravados forneçam o medicamento Óleo Rico em Canabidiol (CBD) da empresa Charlotte's Web - Charlotte's Web 50mg CBD/ml Original Fórmula - 5000mg/100ml, sabor chocolate com menta, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária.

Conforme consta dos autos principais, o Juízo de origem declinou da competência, e, em 01/10/2020, os autos foram remetidos ao Juizado Especial Federal Adjunto de Campinas/SP.

Nesse sentido, verifico que a competência para julgamento do presente recurso é das Turmas Recursais do Juizado Especial Federal, e não desta Segunda Seção, nos termos do art. 7º, III, da Resolução nº 526/2014 do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região.

Assim, remetam-se os autos à UFOR para as providências pertinentes, dando-se baixa na distribuição.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DA 5ª TURMA

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 68023/2020

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008133-78.2009.4.03.6181/SP

	2009.61.81.008133-0/SP
--	------------------------

RELATOR	:	Desembargador Federal PAULO FONTES
APELANTE	:	Justica Publica
APELANTE	:	ALCIDES ANDREONI JUNIOR

	:	MAURO SABATINO
ADVOGADO	:	SP185070 RODRIGO OTÁVIO BRETAS MARZAGÃO e outro(a)
APELANTE	:	PAULO MARCOS DALCHICCO
ADVOGADO	:	SP203965 MERHY DAYCHOUM e outro(a)
	:	SP117160 LUTFIA DAYCHOUM
APELANTE	:	WELDON E SILVA DELMONDES
ADVOGADO	:	SP299402 LUCAS CABETTE FABIO (Int.Pessoal)
	:	SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICADA UNIAO (Int.Pessoal)
APELANTE	:	YE ZHOU YOUG
ADVOGADO	:	SP065371 ALBERTO ZACHARIAS TORON e outro(a)
APELADO(A)	:	Justica Publica
APELADO(A)	:	YE ZHOU YOUG
ADVOGADO	:	SP065371 ALBERTO ZACHARIAS TORON
APELADO(A)	:	ADOLPHO ALEXANDRE DE ANDRADE REBELLO
ADVOGADO	:	SP184105 HELENA REGINA LOBO DA COSTA e outro(a)
	:	SP294053 GUILHERME LOBO MARCHIONI
CONDENADO(A)	:	XIANG QIAOWEI
ADVOGADO	:	SP143707 CICERO ANTONIO DI SALVO CRISPIM e outro(a)
CODINOME	:	XIANG WIAOWEI
ABSOLVIDO(A)	:	NORIVAL FERREIRA
ADVOGADO	:	SP241857 LUIZ FRANCISCO CORREA DE CASTRO e outros(as)
ABSOLVIDO(A)	:	GERSON DE SIQUEIRA
EXTINTA A PUNIBILIDADE	:	EMERSON SCAPATICIO falecido(a)
No. ORIG.	:	00081337820094036181 3P Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Trata-se de pedido formulado pela defesa de Ye Zhou Yong, requerendo nova autorização para viagem em decorrência do necessário visto não ser concedido até a data anteriormente solicitada. Desse modo, solicita nova permissão para viajar à China entre os dias 07 de fevereiro e 31 de março de 2021, trazendo aos autos comprovante de requerimento de visto humanitário perante o Consulado Chinês na data de 10 de dezembro de 2020.

Verifica-se que, anteriormente, em desígnio de fls. 10.262/10.263, deferi o pedido apresentado pela defesa, concordando com a retirada do passaporte para requisição de visto humanitário perante o Consulado da China e a realização de viagem na data de 02.01.2021 a 21.02.2021, competindo à defesa colacionar o comprovante do pedido e a devolução do passaporte após o período para acautelamento nos autos. Diante disso, considerando que já foi autorizada a realização da viagem em razão do falecimento do pai de Ye Zhou Yong em decisão anterior e o pedido apenas consiste em alteração de data, defiro novamente o pleito ficando o réu autorizado a viajar na data de 07 de fevereiro a 31 de março de 2021.

Reitero que, após realizada a viagem, compete à defesa devolver o passaporte para que seja novamente acautelado aos autos.

Publique-se. Intime-se.

Cumpra-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

PAULO FONTES

Desembargador Federal

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5032937-55.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: R. S. E. S.

IMPETRANTE: GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA, JULIANA MIRANDA RODRIGUES DA CUNHA PASSARELLI

Advogados do(a) PACIENTE: JULIANA MIRANDA RODRIGUES DA CUNHA PASSARELLI - MS9047-A, GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA - MS7602-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - 3ª VARA FEDERAL, OPERAÇÃO LAMAASFÁLTICA

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: A. I. DE J. F.

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: MILLENA OLIVEIRA GALDIANO FALEIROS - SP223969-A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: DANIEL KIGNEL - SP329966

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: JOSE LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA - SP107106-A

ATO ORDINATÓRIO

DESPACHO

Trata-se de pedido de extensão de medida liminar em habeas corpus, requerido por A. I. DE J. F., cuja liminar foi deferida ao paciente R. S. E. S., neste writ.

(...)

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE O PEDIDO DE EXTENSÃO de A. I. DE J. F. para suspender o trâmite das investigações em relação ao paciente, vedada a prática de quaisquer atos pelo Juízo apontado como coator, bem como pela Polícia Federal, inclusive com proibição de acesso e análise dos documentos apreendidos na busca e apreensão e requisitados a outros órgãos, que deverão permanecer lacrados e acautelados até pronunciamento final da E. 5ª Turma.

Intimem-se as partes.

Desembargador Federal PAULO FONTES

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307) Nº 5033994-11.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: FERNANDA KYANN ALEXANDRE CARNEIRO

IMPETRANTE: EMANUELLA LOPES DA SILVA, JIMMY DEYGLISSON SILVA DE SOUSA, SARAH COELHO LIMA

Advogados do(a) PACIENTE: SARAH COELHO LIMA - TO4316, JIMMY DEYGLISSON SILVA DE SOUSA - MA11426, EMANUELLA LOPES DA SILVA - TO9938

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - 3ª VARA FEDERAL, OPERAÇÃO HIPÓCRATES

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por *Emanuella Lopes da Silva, Jimmy Deyglisson Silva de Sousa e Sarah Coelho Lima*, advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, em favor da paciente **FERNANDA KYANN ALEXANDRE CARNEIRO**, contra ato do Juízo Federal da 3ª Vara de Campo Grande/MS, no processo registrado sob o número 0000995-69.2019.4.03.6000/MS, que denegou os pedidos (a) de revogação da cautelar concernente ao monitoramento eletrônico, (b) bem como de que fosse concedido à ré o direito de mudar-se de residência, objetivando frequentar as aulas presenciais do curso de medicina na FMO - Faculdade de Medicina de Olinda/PE, da qual foi aprovada em processo seletivo realizado em 17.08.2020 (cf. Id n. 147884385).

Em síntese, alegam os impetrantes que a paciente foi presa preventivamente por decisão do juízo de origem nos autos do processo n. 0000995-69-2019.4.03.6000/MS, sendo certo que a segregação cautelar foi substituída por medidas cautelares diversas, consistentes em *a) comparecimento mensal ao Juízo de sua residência, para informar e justificar as suas atividades, até o dia 10 (dez) de cada mês, a partir desta data (art. 319, I, do CPP); b) proibição de acesso, sem prévia autorização judicial, à Bolívia e aos municípios próximos à fronteira deste com o Brasil (art. 319, II, do CPP); c) proibição de manter contato com todos os réus e investigados dos autos nº 0002601-69.2018.403.6000; d) proibição de mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante, e de ausência de seu domicílio por mais de 3 (três) dias sem prévia autorização judicial (art. 328, CPP e 319, IV) e; e) monitoração eletrônica por meio de tornozeleira, até ulterior deliberação (art. 319, IX).*

Afirmam ainda que, em razão de a paciente ser aprovada em vestibular destinado ao preenchimento de vagas para o curso de medicina ministrado pela Faculdade de Medicina de Olinda/PE, foram feitos pedidos objetivando autorização para que alterasse seu domicílio para a cidade de Olinda/PE, o que, de forma injustificada, a despeito de tratar-se de pessoa íntegra e com bons antecedentes, foi reiteradamente negado pelo Juízo de Primeiro Grau. Sustentam também que impetraram outro remédio constitucional (*habeas corpus*), cuja liminar foi indeferida e o mérito encontra-se pendente de apreciação, na justa medida em que não se comprovou o novo endereço da ré na cidade de Olinda/PE. Por fim, sustentam que a retirada da tornozeleira eletrônica é medida imperativa, pois o uso do aparelho dentro dos hospitais gerará abalo psicológico nos pacientes e retaliação e preconceito por parte das demais pessoas.

Foram juntados os seguintes documentos: procuração (ID 150030256); documentos pessoais da paciente (ID 150030257); documentos comprobatórios de matrícula (ID 150030258; 150030259 e 150030266); decisão do juízo impetrado (ID 150030260); decisão em sede de *habeas corpus* (ID 150030261); contrato de locação residencial (ID 150030262); certidão de antecedentes criminais (ID 150030265), dentre outros.

É o sucinto relatório.

Decido.

O presente *Habeas Corpus* comporta indeferimento liminar.

O artigo 1º, parágrafo 1º, da Resolução CNJ nº 71, de 31 de março de 2009, dispõe que:

Art. 1º O plantão judiciário, em primeiro e segundo graus de jurisdição, conforme a previsão regimental dos respectivos Tribunais ou juízos, destina-se exclusivamente ao exame das seguintes matérias: (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

(...)

§ 1º O plantão judiciário não se destina à reiteração de pedido já apreciado no órgão judicial de origem ou em plantão anterior; nem à sua reconsideração ou reexame ou à apreciação de solicitação de prorrogação de autorização judicial para escuta telefônica. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

O artigo 188 do Regimento Interno desta E. Corte Regional dispõe que:

Art. 188 - Quando o pedido for incabível ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos, o Relator o indeferirá liminarmente.

§ 1º - Da decisão de indeferimento liminar, caberá agravo regimental.

§ 2º - Em caso de incompetência do Tribunal, o Relator determinará o encaminhamento dos autos ao órgão jurisdicional competente.

Compulsando os autos, verifica-se que o presente *Writ* versa sobre pedido idêntico ao formulado no *Habeas Corpus* nº 5031872-25.2020.4.03.0000, distribuído à relatoria do E. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO.

Consigno, por oportuno, que em 27.11.2020, a liminar naquele *Writ* foi indeferida, sob os seguintes fundamentos:

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Fernanda Kyann Alexandre Carneiro, contra ato do Juízo Federal da 3ª Vara de Campo Grande/MS que, nos autos n. 0000995.69.2019.4.03.6000/MS, indeferiu pedido para que lhe fosse permitido mudar-se de residência, para o fim de possibilitar frequentar aulas presenciais relacionadas a curso de medicina ministrado pela Faculdade de Medicina de Olinda/PE (cf. Id n. 147884385).

Nesse momento processual não observo a presença dos requisitos necessários à concessão da liminar pretendida pelos impetrantes.

Narra a inicial que a paciente foi presa preventivamente, em 17/06/2020, quando da deflagração da Operação denominada "Hipócrates", em decorrência de decisão proferida nestes autos, por pertencer, em tese, a uma organização criminosa dedicada à prática de crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro.

Consta dos autos que **Fernanda Kyann Alexandre Carneiro** na condição de procuradora de seu irmão, **Oldack Alexandre Carneiro**, movimentou em um período de 3 (três) meses – de março a junho de 2018 – R\$7.205.753,00 (sete milhões, dzentos e cinco mil, setecentos e cinquenta e três reais), valores incompatíveis com sua renda mensal, haja vista a circunstância de ser estudante (cfr. Id n. 39897878).

Em razão destes fatos, acrescidos à circunstância de serem encontrados em seu quarto cadernos e agendas com diversas anotações de controle financeiro movimentado pela organização criminosa (alvo da Operação Hipócrates, **Fernanda Kyann** foi denunciada nos autos de processo n. 0002601-69.2018.403.6000/MS pela prática, em tese, dos crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro, além de organização criminosa.

Sua prisão preventiva foi decretada para garantir a ordem econômica (organização financeiramente estruturada e atuante há bastante tempo); garantir a ordem pública (organização criminosa estava em pleno funcionamento); e, assegurar a aplicação da lei penal, haja vista sua atuação na região de fronteira Brasil-Bolívia (cfr. Id n. 31611407).

Presentes os requisitos previstos pelo artigo 319 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva decretada em desfavor da paciente foi substituída por medidas acatelasórias, consistentes em:

- a) comparecimento mensal ao Juízo de sua residência, para informar e justificar as suas atividades, até o dia 10 (dez) de cada mês, a partir desta data (art. 319, I, do CPP);
- b) proibição de acesso, sem prévia autorização judicial, à Bolívia e aos municípios próximos à fronteira deste com o Brasil (art. 319, II, do CPP);
- c) proibição de manter contato com todos os réus e investigados dos autos n° 0002601-69.2018.403.6000;
- d) proibição de mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante, e de ausência de seu domicílio por mais de 3 (três) dias sem prévia autorização judicial (art. 328, CPP e 319, IV);
- e) monitoração eletrônica por meio de tornozeleira, até ulterior deliberação (art. 319, IX)

Feitas estas considerações, observo que o Juízo de primeiro grau, ao apreciar o pedido para autorização de mudança de endereço residencial formulado pela defesa de **Fernanda Kyann Alexandre Carneiro**, assim se pronunciou (Id n. 147884405):

FERNANDA KYANN ALEXANDRE CARNEIRO –

(...)

- Da alteração de domicílio da pessoa monitorada:

No que se refere ao pedido de alteração de endereço da pessoa monitorada em face da transferência externa do curso superior para a Faculdade de Medicina de Olinda/PE, verifico que **FERNANDA KYANN** indica o pretense endereço (Rua Dr. Manoel de Almeida Belo, 1373, apt. 701, condomínio Edifício 06 de Janeiro, Bairro Novo, Olinda/PE), porém não instrui o seu pedido com comprovante de residência (conta de água, luz, telefone ou contrato de aluguel - ainda que em nome de terceiro, acompanhado de declaração escrita).

Repita-se: a indicação do endereço de destino (devidamente instruído com comprovante de água, luz, telefone ou contrato de aluguel e, ainda que em nome de terceiro, acompanhado de declaração escrita) é requisito essencial para eventual deferimento do pedido de alteração de endereço, inclusive, tal informação deve constar da missiva a ser encaminhada ao Juízo do novo domicílio para fins de fiscalização das medidas cautelares e, de igual maneira, trata-se de informação necessária a ser repassada a unidade de monitoramento eletrônico daquele Estado.

Ademais, o pedido não veio instruído com atestado de matrícula e do retorno das aulas presenciais.

Nesse ponto, o MPF aduz que, em contato realizado com a instituição de ensino (contato telefônico disponível no site da Faculdade de Medicina de Olinda), obteve a informação de que NÃO houve retorno das aulas presenciais, uma vez que estão aguardando decreto do Poder Público local para retorno, sendo certo que as aulas estão ocorrendo apenas na modalidade online (item 24 da manifestação ministerial de ID 39897877).

Registre-se, por oportuno, que consta do Edital de Transferência da Faculdade de Medicina de Olinda para Admissão no Curso de Graduação em Medicina – 2020.2 (item XI – ID 38208548) que a matrícula seria realizada presencialmente junto a instituição de ensino, inclusive, é o que consta da informação encaminhada à requerente (ID 38208546).

Diante do exposto, acolho o parecer ministerial e INDEFIRO, por ora, o pedido de autorização para mudança de endereço domiciliar de **FERNANDA KYANN ALEXANDRE CARNEIRO**.

Verifica-se que o pedido de alteração de endereço residência formulado pela defesa da paciente foi indeferido pela autoridade impetrada em razão da ausência de documentos que indicassem a veracidade das informações apresentadas como justificativa para referida alteração residencial.

De fato, em que pesem os argumentos apresentados pelos impetrantes, observa-se que, na ação constitucional de habeas corpus, a cognição é sumária, ou seja, não há fase instrutória, razão pela qual somente se admite o exame da prova pré-constituída que acompanhe a impetração.

Assim, a despeito da ausência de formalismo (artigo 654 do CPP), a inicial deve sempre vir acompanhada de documentos suficientes à compreensão e à comprovação do alegado.

No particular, verifico que os elementos dos autos não autorizam a imediata conclusão de que a paciente esteja sofrendo algum constrangimento ilegal.

Embora encontre-se colacionada aos autos cópia de contrato de locação firmado entre Argileu Rodrigues de Souza e Rosimeire Alexandre Zorzi (Id n. 147884413), não verifico qualquer relação entre ele e o objetivo elencado pelos impetrantes, quer por serem firmados por pessoas estranhas à paciente, quer por se referir a imóvel situado em Imperatriz, cidade localizada no Estado do Maranhão.

De outro giro, observo que o Edital de Convocação – Processo Seletivo Simplificado da Faculdade de Medicina de Olinda/PE –, indica a necessidade de ser efetuada a matrícula em 19.08.20 (Id n. 147884403) e, embora haja nos autos Declaração de Matrícula relacionada à paciente (Id n. 147884407), noto não se tratar de documento oficialmente encaminhado ao Juízo de primeiro grau, o que impede, de plano, verificar sua plena veracidade.

Não bastassem tais fatos, observo ausentes qualquer elemento a indicar que as aulas ministradas pela Faculdade de Medicina de Olinda/PE, a despeito das medidas preventivas relacionadas à saúde pública (COVID19), retornaram ao modo presencial.

Com efeito, ausentes documentos necessários à comprovação das alegações formuladas na inicial, não há como, neste momento processual, deferir, de plano, o pleito liminar almejado pelos impetrantes.

Ante o exposto, **INDEFIRO** a liminar requerida.

Infiere-se do panorama delineado que não ocorreu nenhuma alteração, fática ou jurídica, apta a ensejar nova decisão diferente da já prolatada. A propósito, o pedido de nova alteração de endereço, fundamentado em outro contrato de aluguel, desta vez, em nome da paciente, deveria ser apreciado pelo juízo de origem, sob pena de supressão de instância.

Ainda nesse diapasão, verifica-se que a r. decisão impugnada, prolatada pelo Juízo da 3ª Vara Criminal Federal de Campo Grande/MS e anexada aos autos sob o ID 150030260, apreciou somente o pedido voltado à revogação da medida cautelar de monitoramento eletrônico, não fazendo qualquer menção quanto ao pedido de mudança de domicílio, tampouco sobre os contratos de aluguel apresentados aos autos deste *Writ*.

Pontue-se, por fim, que o *Writ* anteriormente impetrado ainda não foi definitivamente julgado, sendo certo que o pedido de desistência formulado naquele remédio constitucional sequer foi apreciado.

Desta feita, nos termos do artigo 188 do Regimento Interno desta Corte, bem como do artigo 1º, § 1º, da Resolução CNJ nº 71/2009, quando o pedido deduzido em *Habeas Corpus* for incabível ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos, seu indeferimento liminar é de rigor.

Por esses fundamentos, **INDEFIRO LIMINARMENTE** o presente *Habeas Corpus*.

Intimem-se e arquivem-se, observadas as formalidades legais.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307)N° 5034003-70.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: VALDINEI APARECIDO BORGES
IMPETRANTE: ELAINE CRISTINA DE SOUZA SAKAGUTI

Advogado do(a) PACIENTE: ELAINE CRISTINA DE SOUZA SAKAGUTI - SP292111

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 6ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judiciário.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela advogada Elaine Cristina de Souza Sakaguti, em favor de VALDINEI APARECIDO BORGES, contra decisão da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente em feito no qual lhe foi imputada a prática dos crimes previstos no art. 1º I, da Lei nº 9.613/1998 e no art. 2º da Lei nº 12.850/2013.

A impetrante sustenta, em síntese, que: (i) encontram-se ausentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal; (ii) o paciente é integrante de grupo de risco da Covid-19, por ser portador de hipertensão arterial e diabetes, o que agrava seu risco de falecer na unidade prisional em que se encontra; e (iii) em outros habeas corpus, foi concedida liberdade provisória a outros denunciados, o que deve ser estendido ao paciente (ID 148429135).

É o relatório. **DECIDO.**

O exame dos autos revela que o imputado ato coator, a pretensão e a argumentação apresentadas nesta ação são as mesmas daquelas constantes no Habeas Corpus nº 5032344-26.2020.4.03.0000, impetrado pela mesma advogada em favor do paciente no dia 1º deste mês, ao qual este feito foi, inclusive, distribuído por prevenção.

Ao consultar os autos do citado habeas corpus, verifiquei que não apenas o pedido de liminar foi indeferido, mas também o pedido de reconsideração dessa decisão, com disponibilização no diário eletrônico na última sexta-feira, dia 18 de dezembro.

Considerando, então, que a pretensão trazida neste habeas corpus é rigorosamente idêntica à de habeas corpus anteriormente impetrado e que ainda está pendente de julgamento pelo e. Relator natural e pela Turma julgadora competente, não há motivo para apreciá-la em nova impetração, desta feita em plantão judiciário.

A repetição de ações idênticas configura litispendência, impondo a extinção da última.

Portanto, este *writ* deve ser indeferido liminarmente.

Posto isso, com fundamento no art. 95, III, do Código de Processo Penal e no art. 188, *caput*, do Regimento Interno deste Tribunal, **INDEFIRO LIMINARMENTE** este habeas corpus.

Comunique-se à autoridade impetrada.

Intime-se a impetrante.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Providencie-se o necessário. Cumpra-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DA 7ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007814-89.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: DANIELE BANCO-FOMENTO COMERCIAL E PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIA FERNANDA LADEIRA - SP237365

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, PAULO RICARDO PERINI SALDANHA

Advogado do(a) AGRAVADO: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;

II - o número do processo; e

III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5690364-68.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: AILTON DANTAS COSTA

Advogado do(a) APELADO: JULIO ALBERTO BOGSAN - SP391635-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0008166-45.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ROSA MARIA DOS SANTOS SILVA

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA MOREIRA VIEIRA - SP271113-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0094831-07.1994.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AKIRA OIKAWA, AKOS MIKLOS SZONYI, MARISOL SZONYI ZAMORANO, ALCIDES RODRIGUES, ANTONIO MIGNOLI, ANTONIO PEDRO DO NASCIMENTO, BERNARD ANTOINE COULANGE, GERALDO ALVES FERREIRA, JAYME DE OLIVEIRA LIMA, MARIA APARECIDA ALVES DE LIMA, OSWALDO DOS SANTOS, VICENTE RAMOS DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS PRADO - SP62228

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5973503-31.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LUCIA MARIA VICTORELLI DIAS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

1

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5241788-75.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE BENEDITO GARCIA

Advogado do(a) APELADO: LUCIANE TIEMI MENDES MAEDA LANZOTTI - SP232246-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

1

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e

III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003990-64.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

REPRESENTANTE: ANDRESSA PRADO DE OLIVEIRA

APELANTE: M. E. P. F., A. G. P. F.

Advogado do(a) REPRESENTANTE: MARCELO OSVALDO SOARES - MS19914-A

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO OSVALDO SOARES - MS19914-A

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO OSVALDO SOARES - MS19914-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;

II – o número do processo; e

III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000441-89.2020.4.03.6137

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

PARTE AUTORA: EURIPEDES DOS SANTOS SENA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ERON FRANCISCO DOURADO - SP214298-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000212-58.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: N. T. A.

ASSISTENTE: VANESSA THEODORO DOS SANTOS DE CARVALHO

Advogado do(a) APELADO: SIMONE RAFAEL NUNES - SP364322-A,

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5348340-64.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: TEREZINHA DE SOUZA GOMES DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: ERICA BRUNA ALCALDE - SP357971-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

1

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0000422-66.2013.4.03.6121

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

PARTE AUTORA: DENISE APARECIDA MACHADO CAMARGO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CRISTIANE NORCE FURTADO GERMANO - SP143709-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0000422-66.2013.4.03.6121

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

PARTE AUTORA: DENISE APARECIDA MACHADO CAMARGO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CRISTIANE NORCE FURTADO GERMANO - SP143709-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;

II – o número do processo; e

III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001240-52.2011.4.03.6003

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: JOANA DA SILVA TREVISOLLI

Advogado do(a) APELANTE: CLAUDIO ANTONIO DE SAUL - MS13884-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;

II – o número do processo; e

III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0022833-70.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CRISTIANE RODRIGUES

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

1

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001690-30.2015.4.03.6140

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MANOEL ALVES PAMPLONA

Advogado do(a) APELADO: JOSE ROBERTO MONTEIRO RIBEIRO DOS SANTOS - SP153958-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

1

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e

III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0024976-32.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: APARECIDA CECILIA LOPES DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: MARCIO HENRIQUE BARALDO - SP238259-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;

II – o número do processo; e

III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0028911-80.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE PRAVATO

Advogado do(a) APELADO: LAIS MODELLI DE ANDRADE - SP241903-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024163-05.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CARLOS ALBERTO PEREIRA

Advogado do(a) APELADO: VANESSA CRISTINA TASSINO - SP313160

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024127-60.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: EDSON GILBERTO DE ARRUDA LEME

Advogado do(a) APELANTE: ROSA MARIA BRAGAIA - SP217404-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0022358-17.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: MARIA APARECIDA PEREIRA VELOSO

Advogado do(a) APELANTE: MARIA INES FERRARESI - SP159264-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0032662-75.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: FATIMA APARECIDA MAGALHAES DOS SANTOS

Advogados do(a) APELADO: BARBARA DANIEL MERIZIO - SP424301-A, ELAINE GOMES CARDIA - SP89114-A, ACILAINE MARTINS DAMACENO - SP110881-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0022545-25.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: NADIR DE SOUZA GONCALVES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ GUERREIRO SCATENA - SP106776

APELADO: NADIR DE SOUZA GONCALVES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: LUIZ GUERREIRO SCATENA - SP106776

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019592-25.2016.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: ROSELI RODRIGUES DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE WAGNER CORREA DE SAMPAIO - SP152803-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: ANTONIO CESAR DE SOUZA - SP206395-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0019512-39.2012.4.03.6301

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA JOSE DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: CECILIA COSTA DO AMARAL ALMEIDA - SP300946

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003158-02.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: LUCAS MARQUES LEONARDO

Advogado do(a) APELADO: CAMILA MARQUES GONZAGA - MS16237

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0028997-51.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: VITÓRIA SANTOS OLIVEIRA, RIAN VITOR DOS SANTOS OLIVEIRA, R. V. S. O., VALCIR DE OLIVEIRA

Advogado do(a) APELANTE: MARIA APARECIDA SILVA FACIOLI - SP142593-N
Advogado do(a) APELANTE: MARIA APARECIDA SILVA FACIOLI - SP142593-N
Advogado do(a) APELANTE: MARIA APARECIDA SILVA FACIOLI - SP142593-N
Advogado do(a) APELANTE: MARIA APARECIDA SILVA FACIOLI - SP142593-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001039-23.2014.4.03.6143

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: MARIA APARECIDA NOGUEIRA

Advogados do(a) APELANTE: ALBINO RIBAS DE ANDRADE - SP120830-A, MARCIA ELIANA SURIANI - SP129849

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: ADRIANA FUGAGNOLLI - SP140789-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0008358-58.2010.4.03.6183

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CONCEICAO APARECIDA RODRIGUES

Advogado do(a) APELANTE: WILSON HARUAKI MATSUOKA JUNIOR - SP210114

Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO LATORRE NETO - SP336214

APELADO: SUELI APARECIDA SOARES

Advogado do(a) APELADO: CAMILA BENIGNO FLORES - SP224126-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006939-54.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: ROSELI DE FATIMA MOREIRA BONVICINIO

Advogado do(a) APELANTE: REGIS FERNANDO HIGINO MEDEIROS - SP201984-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000401-86.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MANOEL DE SOUZA MARQUES

Advogado do(a) APELADO: WILTON BOIGUES CORBALAN TEBAR - SP307841

TERCEIRO INTERESSADO: NEUSA DA SILVA LIMA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: WILTON BOIGUES CORBALAN TEBAR - SP307841

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000401-86.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MANOEL DE SOUZA MARQUES

Advogado do(a) APELADO: WILTON BOIGUES CORBALAN TEBAR - SP307841

TERCEIRO INTERESSADO: NEUSA DA SILVA LIMA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: WILTON BOIGUES CORBALAN TEBAR - SP307841

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@tr3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000136-53.2015.4.03.6110

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: IZOLINA DE CAMARGO GAVASSA

Advogado do(a) APELANTE: VINICIUS GUSTAVO GAMITO RODRIGUES SILVA - SP322072-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000023-04.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA LUIZ CANDIDO

Advogado do(a) APELADO: PRIMO FRANCISCO ASTOLFI GANDRA - SP141925-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013654-15.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: VILMA LEITE DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: JOAO ADALBERTO PIFFER - SP382109

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018513-74.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: CECILIA DOS ANJOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ MORI LARAIA NETO - SP247928

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011359-68.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: APARECIDA BATISTA PEREIRA

Advogado do(a) APELADO: ANGELICA MAGALHAES CUNHA - SP319967

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0011169-08.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: MARIA APARECIDA DE JESUS CERQUEIRA LEITE

Advogado do(a) APELANTE: NAYLA DE SOUSA RODRIGUES - SP376212-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II – o número do processo; e
- III – indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008630-69.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: PATRICIA DE FREITAS RAMOS

Advogado do(a) APELADO: RUBENS RABELO DA SILVA - SP81708-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5788958-20.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANGELA MARIA DELLA TORRE

Advogado do(a) APELADO: ANACARLA PENNA - SP267988-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001070-74.2011.4.03.6102

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: CARLOS ANDRE ZARA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: PAULA FERRARI MICALI - SP189320-N

Advogado do(a) APELANTE: OLGA APARECIDA CAMPOS MACHADO SILVA - SP124375-N

APELADO: CARLOS ANDRE ZARA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: PAULA FERRARI MICALI - SP189320-N

Advogado do(a) APELADO: OLGA APARECIDA CAMPOS MACHADO SILVA - SP124375-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006756-54.2015.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: LUIS ANTONIO STRADIOTI - SP239163-N

APELADO: JAILSO CALORI

Advogado do(a) APELADO: DIOGO ROSSINI RODRIGUES DOS SANTOS - SP280927

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

I

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a RESOLUÇÃO PRES Nº 343, DE 14 DE ABRIL DE 2020 que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências da Justiça Federal da 3.ª Região, esta sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quinta-feira) antes do horário indicado para a realização da sessão, por meio do endereço de correio eletrônico da subsecretaria processante constante em UT07@trf3.jus.br, contendo as seguintes informações:

- I - a data e o horário em que ocorrerá a sessão;
- II - o número do processo; e
- III - indicar o e-mail e o número de telefone possibilitando o contato para ingresso na sessão de julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nessa sessão será Cisco Webex Meetings fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, ou outra a ser informada pela subsecretaria de turma em resposta à solicitação.

Sessão de Julgamento

Data: 01/02/2021 14:00:00

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0035744-17.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: PEDRO GARCIA NOGUEIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: ANALUCIA MONTE SIAO - SP161814-N

Advogado do(a) APELANTE: MARTA DE FATIMA MELO - SP186582

APELADO: PEDRO GARCIA NOGUEIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: ANALUCIA MONTE SIAO - SP161814-N

Advogado do(a) APELANTE: MARTA DE FATIMA MELO - SP186582

CERTIDÃO

Tendo em vista a impossibilidade de alteração da autuação do presente feito, pratico este ato meramente ordinatório para que a parte autora seja intimada do R. despacho/decisão retro, cujo teor transcrevo abaixo:

DESPACHO

Ante os termos da informação constante do ID 134774310, manifeste-se a parte autora quanto à regularização de sua representação processual, no prazo de 10 (dez) dias, apresentando uma nova procuração ou cópia do instrumento juntado aos autos principais e respectivos subestabelecimentos, se houver.

l."

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DA 8ª TURMA

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000474-34.2014.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: WILLIAM JUNQUEIRA RAMOS - SP258337-N

APELADO: SALVADOR PURCINI

Advogado do(a) APELADO: FABIO EDUARDO DE LAURENTIZ - SP170930-N

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Determino o levantamento da suspensão do feito, tendo em vista o julgamento do Tema 975 pelo E. STJ.

São Paulo, 3 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024469-73.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO AURELIO FAUSTINO - SP264663-N

AGRAVADO: EURIDES SORIANI

Advogados do(a) AGRAVADO: MARCO AURELIO CAMACHO NEVES - SP200467-N, MAIARA BORGES COLETO - SP358264-N, PATRICIA MARQUES MARCHIOTI NEVES - SP164707-N

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024469-73.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO AURELIO FAUSTINO - SP264663-N

AGRAVADO: EURIDES SORIANI

Advogados do(a) AGRAVADO: MARCO AURELIO CAMACHO NEVES - SP200467-N, MAIARA BORGES COLETO - SP358264-N, PATRICIA MARQUES MARCHIOTI NEVES - SP164707-N

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Embargos de declaração opostos pelo INSS (Id. 127957204) de acórdão assimentado (Id. 126665322):

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-DOENÇA. CESSAÇÃO INDEVIDA. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. NECESSIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme disposto nos artigos 62, § 1º e 101 da Lei nº 8.213/91, o INSS deve submeter o autor ao processo de reabilitação profissional, não cessando o auxílio-doença até que o beneficiário seja reabilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.
2. Destarte não merece reforma a decisão que restabeleceu o benefício previdenciário, determinando sua manutenção até a reabilitação profissional.
3. Agravo de instrumento desprovido.”

Sustenta o embargante, em síntese, que a decisão em epígrafe contém omissão e obscuridade porque determinou o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, ficando a sua cessação condicionada à realização de perícia médica pelo INSS, em afronta ao disposto na lei. Requer sejam supridas as falhas apontadas, ressaltando a pretensão de estabelecer o prequestionamento da matéria.

É o relatório.

AUDREY GASPARINI
Juíza Federal Convocada

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024469-73.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO AURELIO FAUSTINO - SP264663-N

AGRAVADO: EURIDES SORIANI

Advogados do(a) AGRAVADO: MARCO AURELIO CAMACHO NEVES - SP200467-N, MAIARA BORGES COLETO - SP358264-N, PATRICIA MARQUES MARCHIOTTI NEVES - SP164707-N

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração têm por objetivo o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, ou, como se extrai da obra de Cândido Rangel Dinamarco, “a função estrita de retificar exclusivamente a expressão do pensamento do juiz, sem alterar o pensamento em si mesmo” (Instituições de Direito Processual Civil, São Paulo, Malheiros, p. 688), não se prestando, portanto, a nova valoração jurídica do conteúdo probatório e fatos envolvidos no processo. Ao contrário, de acordo com o ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira, seu provimento se dá sem outra mudança no julgado, além daquela consistente no esclarecimento, na solução da contradição ou no suprimento da omissão (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, p. 556).

Cabíveis são apenas para completar a decisão omissa, aclarar a decisão obscura ou ambígua, suprir a contradição presente na fundamentação ou corrigir, a partir do Código de Processo Civil de 2015, o erro material (art. 1.022, I a III, CPC) – o acórdão é omissivo se deixou de decidir algum ponto levantado pelas partes ou se decidiu, mas a sua exposição não é completa; obscuro ou ambíguo quando confuso ou incompreensível; contraditório, se suas proposições são inconciliáveis, no todo ou em parte, entre si; e incorre em erro material quando reverbera inexactidão evidente quanto àquilo que consta nos autos –, não podem rediscutir a causa, reexaminar as provas, modificar a substância do julgado, também não servindo, os embargos de declaração, à correção de eventual injustiça.

No caso dos autos, embora ventilada a ocorrência de hipóteses do art. 1.022 do Código de Processo Civil, os argumentos apresentados não impressionam a ponto de recomendar o reparo da decisão.

Isso porque o movimento recursal é todo desenvolvido sob a perspectiva de se obter a alteração do decreto colegiado em sua profundidade, em questionamento que diz respeito à motivação desejada, buscando o ora recorrente, inconformado com o resultado colhido, rediscutir os pontos firmados pelo aresto, quando, sabe-se bem, o órgão julgador não se vincula aos preceitos indicados pelas partes, bastando que delibere azeitando os fundamentos para tanto considerados, conforme sua livre convicção.

Neste caso, constou expressamente do julgado:

“Com efeito, dispõem os artigos 62, § 1º e 101 da Lei nº 8.213/91:

“**Art. 62.** O segurado em gozo de auxílio-doença, insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade.

1º. O benefício a que se refere o caput deste artigo será mantido até que o segurado seja considerado reabilitado para o desempenho de atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, seja aposentado por invalidez.”

“**Art. 101.** O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.”

Destarte, em vista do comando acima citado, deve o INSS submeter o autor ao processo de reabilitação profissional, não cessando o auxílio-doença até que o beneficiário seja reabilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

Nesse sentido se observa o entendimento desta E. Oitava Turma, in verbis:

“PREVIDENCIÁRIO. SUSPENSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. NÃO CABIMENTO. AUXÍLIO DOENÇA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I- Preliminarmente, deve ser mantida a antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional final, já sob a novel figura da tutela de urgência, uma vez que evidenciado nos presentes autos o preenchimento dos requisitos do art. 300, do CPC/15.

II- (...)

V- Cabe ao INSS submeter a requerente ao processo de reabilitação profissional, não devendo ser cessado o auxílio-doença até que a segurada seja dada como reabilitada para o desempenho de outra atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerada não recuperável, for aposentada por invalidez, consoante expressa disposição legal acima transcrita.

(...)

IX- Matéria preliminar rejeitada. No mérito, apelação do INSS parcialmente provida. Apelação da parte autora parcialmente provida.”

(ApCiv 5801946-73.2019.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Newton de Lucca, Oitava Turma, j. 27/11/2019)

Assim, é de ser mantida a r. decisão agravada.”

Em verdade, discordante com o encaminhamento dado pelo colegiado julgador, o que se tem é o embargante pretendendo sua rediscussão pela via dos declaratórios, em que pese o deslinde escorreito da controvérsia aqui renovada, apenas resolvendo-se-a sob perspectiva distinta, contrariamente a seus interesses.

Por fim, o entendimento da 3ª Seção deste Tribunal é firme em que o "*escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada ocorrência de qualquer das hipóteses de cabimento previstas em lei.*" (n.º 5001261-60.2018.4.03.0000, 3.ª Seção, Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, j. 29.4.2020).

Dito isso, nego provimento aos embargos de declaração.

É o voto.

AUDREY GASPARINI
Juíza Federal Convocada

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO EMBARGADO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO JULGADO.

- Os embargos de declaração têm por objetivo o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional devida, não se prestando a nova valoração jurídica dos fatos e provas envolvidos na relação processual, muito menos a rediscussão da causa ou correção de eventual injustiça.

- Embora ventilada a existência de hipóteses do art. 1.022 do Código de Processo Civil, os argumentos apresentados não impressionam ponto de recomendar o reparo da decisão, porquanto o movimento recursal é todo desenvolvido sob a perspectiva de se obter a alteração do decreto colegiado em sua profundidade, em questionamento que diz respeito à motivação desejada, buscando a ora recorrente, inconformada como resultado colhido, rediscutir os pontos firmados pelo aresto.

- O órgão julgador não se vincula aos preceitos indicados pelas partes, bastando que delibere aduzindo os fundamentos para tanto considerados, conforme sua livre convicção.

- Prevalência do entendimento da Seção especializada de que o "*escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada ocorrência de qualquer das hipóteses de cabimento previstas em lei.*" (AR n.º 5001261-60.2018.4.03.0000, 3.ª Seção, Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, j. 29.4.2020).

- Embargos de declaração aos quais se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

SUBSECRETARIA DA 9ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5021518-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

AGRAVANTE: CREMILDA CAPISTRANO DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RUBENS GONCALVES MOREIRA JUNIOR - SP229593-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5021518-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

AGRAVANTE: CREMILDA CAPISTRANO DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RUBENS GONCALVES MOREIRA JUNIOR - SP229593-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Cremilda Capistrano de Souza em face de decisão que acolheu parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença, determinando o prosseguimento da pretensão executória em conformidade com os cálculos elaborados pelo *expert* judicial, no valor total de R\$ 100.493,21, atualizado até 06/2016.

Nas razões recursais, a agravante pede a reforma da decisão para que a atualização monetária observe os termos da Resolução n.º 134/10, com a alteração dada pela Resolução n.º 267/13, ambas do CJF, de natureza processual, sendo, portanto, de aplicação imediata aos processos em andamento.

Intimado, o INSS não apresentou as contrarrazões.

É o Relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021518-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

AGRAVANTE: CREMILDA CAPISTRANO DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RUBENS GONCALVES MOREIRA JUNIOR - SP229593-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Excelentíssima Senhora Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

A pretensão da segurada reside, em síntese, em afastar a aplicação da TR na correção monetária do débito judicial.

Frise-se que o julgado RE 870.947 transitou em julgado em 03/03/2020 e reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, no ponto em que fixa a utilização da taxa referencial (TR) para a atualização de condenações não tributárias impostas à Fazenda pública, substituindo-a pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) para fins de correção monetária a partir de 30/06/2009, firmando, assim, duas teses, a saber:

1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. (grifei)

Com relação ao índice substitutivo, prevaleceu o r. voto condutor do acórdão, prolatado pelo e. Ministro Relator Luiz Fux, nos seguintes termos:

A fim de evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425, entendo que devam ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. Naquela oportunidade, a Corte assentou que, após 25.03.2015, todos os créditos inscritos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Nesse exato sentido, voto pela aplicação do aludido índice a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, qualquer que seja o ente federativo de que se cuide.

Ressalte-se que a não modulação de efeitos pelo Colendo STF acerca do Tema 810, resultado, na prática, na necessidade de conferir interpretação teleológica a sua aplicação aos casos concretos.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça na sessão de 22/02/2018, ao julgar o Recurso Especial nº 1495146/MG, referente ao Tema 905, submetido ao regime dos recursos repetitivos, procedeu à fixação de parâmetros, expressos nos seguintes termos:

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

TESES JURÍDICAS FIXADAS.

1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária.

No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão.

A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral.

...

3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.

...

3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas.

...

3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária.

As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

3.3 Condenações judiciais de natureza tributária.

...

4. Preservação da coisa julgada.

Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto.

SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.

5. Em se tratando de dívida de natureza tributária, não é possível a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009) - nem para atualização monetária nem para compensação da mora -, razão pela qual não se justifica a reforma do acórdão recorrido.

6. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ.

(REsp 1495146, Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22-02-2018, publicado em 02-03-2018)

Destaque-se, portanto, que a efetiva aplicação do Tema 810 do C. STF, com a orientação firmada pelo Tema 905 do C. STJ, é **direcionada, estritamente, pelo conteúdo do título executando sobre o qual recaiu a coisa julgada.**

Do título executivo judicial

No tocante à correção monetária, o dispositivo da r. sentença, proferida na fase de cognição, encontra-se redigido nos seguintes termos (ID 1345073- pag. 20/21):

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da legislação previdenciária, bem como da Resolução nº 267, de 2 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal.

Os juros de mora devidos à razão de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, deverão ser computados nos termos do artigo 406 deste diploma legal, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/06/2009. A partir de 1º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

Nesse ponto, a sentença, em sede de remessa necessária, foi assim reformada:

Visando à futura execução do julgado, observo que sobre as prestações vencidas incidirá correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899, de 08.4.1981 (Súmula nº 148 do Superior Tribunal de Justiça), e legislação superveniente, a partir de cada vencimento (Súmula nº 8 do Tribunal Regional Federal da Terceira Região). Sobre esses valores incidirão juros de mora à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, por força do art. 1.062 do Código Civil anterior e art. 219 do Código de Processo Civil. A partir do novo Código Civil, serão devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 deste último diploma, e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Após a Lei 11.960, de 29.06.2009, deve ser utilizada a taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. (STJ - SEXTA TURMA, REsp 1099134/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 08/11/2011, DJe 21/11/2011).

Cumpra observar que os critérios acima delineados devem ser consoantes com o decidido pelo STF nas ADIs 4.357 e 4.425, com efeitos já modulados em 25.03.2015.

E, com esses critérios da correção monetária, transitou em julgado o título judicial em 16/02/2016 (ID 1345078 – pag. 01).

Dos parâmetros fixados pelo título executivo

O próprio título judicial permite a utilização, na correção monetária, dos índices oficiais contemporâneos ao exercício da pretensão executória.

Das questões relativas ao cumprimento da sentença

Em resumo, a segurada refuta, nos cálculos acolhidos, a atualização monetária pela TR, defendendo a automática aplicação dos índices previstos no Manual de Cálculos Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução 267/13, diante da reconhecida inconstitucionalidade pelo STF.

De fato, embora o comando executando tenha feito alusão à modulação que se estabeleceu no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, releva considerar que esse efeito modulatório deve ser observado exclusivamente nos casos que envolvam o pagamento de precatórios, como, aliás, sinalizou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 870.947, ao examinar a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/07, com a redação introduzida pela Lei 11.960/09, às condenações impostas à Fazenda Pública, motivo pelo qual a referida modulação de efeitos é inservível para solucionar a presente controvérsia.

Ademais, impende considerar que foi proferida a r. decisão monocrática no Agravo de Instrumento nº 5017987-46.2017.4.03.0000 interposto, sobre a mesma celeuma, pelo INSS, nos seguintes termos:

“Desse modo, considerando que o título executando determinou a incidência “de correção monetária, nos termos da Lei nº 6899, de 08.4.1981 (súmula nº 148 do Superior Tribunal de Justiça), e legislação superveniente”, bem como a orientação fixada pelo STF, no sentido de que a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança revela-se inconstitucional, impõe-se o afastamento da Lei nº 11.960/09 para o cálculo da correção monetária.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, IV, “b”, do NCPC, nego provimento ao agravo de instrumento” (ID 3715815, em 07/08/2018).

Esta egrégia Turma deu parcial provimento ao agravo legal interposto da referida decisão, no AI nº 5017987-46.2017.4.03.0000, para determinar a observância ao deslinde final do RE 870.947 pelo STF, nos termos da seguinte enenta:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. RE 870.947.

- Recorrente se limita a repisar os mesmos fundamentos já rechaçados pela decisão impugnada que, de forma fundamentada, apreciou a questão da correção monetária.

- Não há empecilho à requisição oportuna, pelo juízo de origem, de pagamento dos valores incontroversos - corrigidos pela TR -, sem prejuízo de sua eventual complementação após o término do julgamento do citado RE 870.947 pelo Pretório Excelso.

- Agravo interno parcialmente provido, para determinar a observância ao deslinde final do RE 870.947 pelo STF. (ID 5915981)

Desse modo, a controvérsia inserida no presente agravo deve receber solução idêntica, sob pena de afronta à segurança jurídica.

Assim, aplicadas as orientações das Cortes Superiores e respeitando-se a coisa julgada, o prosseguimento do cumprimento de sentença deve observar os critérios de atualização previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Diante do exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. TEMA 810 DO C. STF. TEMA 905 DO C. STJ. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RESPEITO À COISA JULGADA. TÍTULO JUDICIAL. ÍNDICE OFICIAL VIGENTE POR OCASIÃO DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. APLICAÇÃO.

- O Colendo STF julgou o Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema 810), transitado em julgado em 03/03/2020, e reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, no ponto em que fixa a utilização da taxa referencial (TR) para a atualização de condenações não-tributárias impostas à Fazenda pública, substituindo-a pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) para fins de correção monetária a partir de 30/06/2009.

- A não modulação de efeitos pelo Colendo STF cristalizou o Tema 810, e resultou, na prática, na necessidade de conferir interpretação teleológica a sua aplicação aos casos concretos.

- O Colendo STJ ao julgar o Recurso Especial nº 1495146/MG, em 22/02/2018, referente ao Tema 905, submetido ao regime dos recursos repetitivos, procedeu à fixação de parâmetros.

- Em síntese, o que determina a aplicação do Tema 810 do C. STF, com a orientação firmada pelo Tema 905 do C. STJ, é o conteúdo do título exequendo sobre o qual recaiu a coisa julgada.

- O próprio título judicial permite a utilização, na correção monetária, dos índices oficiais contemporâneos ao exercício da pretensão executória, de modo que o prosseguimento do cumprimento de sentença deve observar os critérios de atualização previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5014133-51.2019.4.03.6183

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

APELANTE: GILBERTO SIUYFI

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

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Chamo o feito à ordem.

Assim dispõe o artigo 99, § 3º, do CPC:

“O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

(...)

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.”

Assim, em princípio, tem-se que a concessão desse benefício depende da simples afirmação de insuficiência de recursos pela parte, a qual, no entanto, por gozar de presunção *juris tantum* de veracidade, pode ser ilidida por prova em contrário.

Além disso, cabe ao juiz verificar se os requisitos estão satisfeitos, pois, segundo o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, é devida a justiça gratuita a quem “**comprovar**” a insuficiência de recursos.

Esse é o sentido constitucional da justiça gratuita, que prevalece sobre o teor da legislação ordinária.

A assistência judiciária prestada pela Defensoria Pública da União (DPU) alcança somente quem percebe renda inferior a R\$ 2.000,00 - valor próximo do limite de isenção da incidência de Imposto de Renda (Resolução CSDPU n. 134, editada em 07/12/2016, publicada no DOU de 02/05/2017).

Esse critério, bastante objetivo, poderia ser seguido como regra não absoluta, de modo que quem recebe renda superior àquele valor tenha contra si presunção *juris tantum* de ausência de hipossuficiência, cabendo ao julgador possibilitar a comprovação de eventual miserabilidade por circunstâncias excepcionais. Alegações de existência de dívidas ou de abatimento de valores da remuneração ou de benefício por empréstimos consignados não constituiriam desculpas legítimas para a obtenção da gratuidade, exceto se motivadas por circunstâncias extraordinárias ou imprevistas devidamente comprovadas. Esse entendimento induziria maior cuidado na propositura de ações temerárias ou aventureiras, semeando a ideia de maior responsabilidade do litigante.

Não se desconhece a existência de outros critérios, igualmente relevantes, para a apuração da hipossuficiência.

Contudo, adoto como critério legítimo e razoável para a aferição do direito à justiça gratuita o teto fixado para os benefícios previdenciários, atualmente no valor de **R\$ 6.101,06**.

Nesse diapasão, segundo dados do Cadastro Nacional do Seguro Social (CNIS) coligidos aos autos, os salários de contribuição da parte autora vertidos no ano 2019 superam **R\$ 13.000,00**, acima, portanto, do parâmetro supra.

Ademais, não se olvide a percepção de proventos de aposentadoria em mais de **R\$ 5.300,00**.

Alegações genéricas de dificuldades financeiras para arcar com as custas e despesas processuais, sem prejuízo do seu próprio sustento, não convencem no caso.

Assim, **revogo** o benefício de justiça gratuita.

Intime-se a parte autora para recolhimento das custas de preparo em dobro, nos termos do art. 1.007, §4º, do CPC, no prazo de **10 (dez) dias**, sob pena de deserção.

Int.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000630-58.2015.4.03.6128

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO RIBEIRO DOS SANTOS

Advogado do(a) APELADO: TIAGO DE GOIS BORGES - SP198325-A

CERTIDÃO

Considerando a virtualização dos presentes autos, nos termos da Resolução nº 278, de 26/06/2019, pratico este ato meramente ordinatório para que as partes sejam devidamente intimadas do v. acórdão que segue.

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000630-58.2015.4.03.6128/SP

	2015.61.28.000630-9/SP
RELATORA	: Desembargadora Federal MARISA SANTOS
EMBARGANTE	: ANTONIO RIBEIRO DOS SANTOS
ADVOGADO	: SP198325 TIAGO DE GOIS BORGES e outro(a)
EMBARGADO	: ACÓRDÃO DE FLS.194/195
INTERESSADO(A)	: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG.	: 00006305820154036128 2 Vr JUNDIAI/SP

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. EFEITO MODIFICATIVO DO JULGADO.

I. É evidente o caráter infringente dos embargos declaratórios quando se pretende a mera rediscussão de temas já devidamente apreciados no acórdão, cabendo à parte que teve seu interesse contrariado o recurso à via processual adequada para veicular o seu inconformismo.

II. É entendimento desta Turma, na ausência de indicação do nível de ruído no local de trabalho, efetuar o cálculo pela média dos níveis apontados no laudo técnico.

III. Embargos de declaração do autor rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de novembro de 2019.

MARISA SANTOS
Desembargadora Federal"

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000630-58.2015.4.03.6128

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO RIBEIRO DOS SANTOS

Advogado do(a) APELADO: TIAGO DE GOIS BORGES - SP198325-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Vistos id 142369908-

1- Verifica-se que sanado o vício apontado, no que se relacionada à virtualização dos autos;

2- Face ao requerido pela parte autora, **de firo a antecipação de tutela** para a imediata averbação como atividade especial dos intervalos de **17/11/1994 a 22/05/2006, de 23/08/2006 a 25/11/2008 e de 26/11/2008**, assim reconhecidos por força da r. sentença de fls. 83/90 dos autos, a qual foi mantida nos termos do v. acórdão de julgamento realizado aos 10/04/2019 (fls. 179/186).

3- Por fim, verifica-se de consulta do andamento processual do feito, junto ao sítio eletrônico deste E. Tribunal, a ausência de disponibilização em Diário Oficial do acórdão que rejeitou os embargos de declaração da parte autora, julgamento realizado aos 13/11/2019 (fls. 204/206).

Destarte, determino a publicação/replicação respectiva, para a produção dos efeitos legais.

Intimem-se. Comunique-se quanto ao deferimento da tutela.

SUBSECRETARIA DA 10ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002241-59.2017.4.03.6105

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CARLOS ALBERTO SOLERA

Advogado do(a) APELADO: ARLETE OLIVEIRA FAGUNDES OTTONI - SP104740-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Em consulta ao sistema informatizado do INSS (CNIS/PLENUS), verificou-se que a viúva Gláucia Aparecida Gonçalves Solera está recebendo o benefício de pensão por morte, NB 182.702.142-7, em face do falecimento de seu cônjuge/autor Carlos Alberto Solera, em 20/09/2017.

Assim, proceda à regularização da representação processual, bem como à habilitação e apresentação da cópia da certidão de óbito, tendo em vista que, nos termos do artigo 112 da Lei nº 8.213/91, falecendo o segurado, a viúva beneficiária da pensão por morte poderá habilitar-se nos autos para dar prosseguimento ao processo em substituição ao de cujus, cabendo levantamento dos valores, se houver.

P. e I.

SUBSECRETARIA DA 11ª TURMA

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5033904-03.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: FABIO MONTEIRO DE BARROS FILHO

IMPETRANTE: EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI, PATRICK RAASCH CARDOSO, JULIANA FRANKLIN REGUEIRA, BRUNO ZANESCO MARINETTI KNIELING GALHARDO

Advogado do(a) PACIENTE: EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI - SP127964-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 7ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

:

Vistos.

Cuida-se de *Habeas Corpus* impetrado por Bruno Zanescio Marinetti Knieling Galhardo, Juliana Franklin Regueira, Patrick Raasch Cardoso e Eugenio Carlo Balliano Malavasi em favor de FABIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, em face de ato do MM. Juízo da 7ª Vara Federal de São Paulo/SP, nos autos nº 5033904-03.2020.4.03.0000, que determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente para o início do cumprimento da pena.

A impetração alega, em apertada síntese, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva ou, subsidiariamente, executória.

Sustenta que entre a data da publicação do acórdão, ocorrida em 10.10.2006, e o trânsito em julgado para a ação penal, ocorrido em 25.06.2019, decorreram exatos 12 anos, 8 meses e 15 dias, ou seja, superior ao prazo prescricional de 8 anos (art. 109, IV, do CP), previsto para a pena que foi aplicada ao paciente de 3 anos e 9 meses.

Pleiteia, assim, a concessão da liminar, para sobrestar a prática de qualquer ato nos autos subjacentes. No mérito, requer a concessão da ordem, com a declaração da extinção da punibilidade do ora paciente em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva ou executória, com fundamento nos artigos 107, inciso IV, c.c. 109, inciso IV, 110, § 1º e 112, inciso I, todos do CP.

A inicial veio acompanhada com os documentos digitalizados.

É o sucinto relatório.

Decido.

Consta dos autos que o paciente FABIO MONTEIRO DE BARROS FILHO foi denunciado pelo Ministério Público Federal pela prática do delito previsto no artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/1990, por duas vezes, em concurso material (art. 69 do CP), em 06.08.1999 (ID149877129 – p. 1/6).

A denúncia foi recebida em 13.08.1999 (ID149877130 - p. 1).

A sentença proferida pelo magistrado de origem, em 16.11.2004, absolveu o paciente FABIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, com fulcro no artigo 386, VI, do CPP (ID149877131 – p. 1/35).

Em 08.08.2006, a Primeira Turma deste e. Tribunal, decidiu, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da acusação para condenar o ora paciente às penas de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, com fulcro no artigo 33, §3º, do CP, e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, no valor unitário de 05 (cinco) salários mínimos vigente ao tempo do fato, devidamente atualizado, por infração ao artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/1990, em continuidade delitiva (artigo 71 do CP) (ID149877482 – p. 15).

O trânsito em julgado para a acusação ocorreu em 30.10.2006 (ID149877483 – p. 1/2) e, para ambas as partes, em 21.05.2019 (ID149877485 – p. 1).

O prazo prescricional incidente ao caso concreto é de 08 (oito) anos, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal, considerando que a pena aplicada foi de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, excluído o aumento pela continuidade delitiva (art. 119 do CP e Súmula nº 497 do STF).

In casu, nota-se que o v. acórdão prolatado pela E. 1ª Turma deste Tribunal é marco interruptivo da prescrição.

Nesse passo, acompanho o entendimento consolidado do C. STF, no sentido de que a incidência da causa interruptiva dá-se como édito condenatório em qualquer instância e não apenas em primeiro grau, de maneira que o v. acórdão condenatório constituiu-se em lídimo marco interruptivo prescricional, gizado no artigo 117, inciso IV, do Código Penal, mesmo que antes da redação dada pela Lei 11.596, de 29.11.2007, na medida em que sua novel redação não constitui *novatio legis in pejus* – mas sim, apenas, uma lei interpretativa ou expletiva de entendimento jurisprudencial de há muito albergado por nossos Tribunais Superiores, mormente nossa Corte Suprema que sempre considerou que o acórdão que condena o réu por delito que tinha sido absolvido em sentença de primeira instância, ou aquele que venha a majorar a pena do acusado ao dar provimento à apelação ministerial, qualifica-se como marco interruptivo prescricional.

Com efeito, pouco importa se antes ou posterior ao dia 30.11.2007, data da vigência n.º 11.596/2007, haja vista que o entendimento jurisprudencial pacífico do nosso Guardião da Constituição é de que a eficácia interruptiva prescricional do édito colegiado que reforma sentença absolutória, condenando o réu, não se constitui inovação legislativa pior para o acusado, conforme aresto abaixo transcrito:

E M E N T A: RECURSO ORDINÁRIO EM 'HABEAS CORPUS' – PRETENDIDA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU – ALEGADA CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL – INOCORRÊNCIA – EFICÁCIA INTERRUPTIVA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO QUE AUMENTA A PENA IMPOSTA NA SENTENÇA OU QUE REFORMA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O Supremo Tribunal Federal, ainda em período anterior à vigência da Lei nº 11.596/2007, consagrou orientação no sentido de que o acórdão condenatório que aumenta a pena em razão de recurso interposto pelo Ministério Público ou que reforma sentença absolutória reveste-se de eficácia interruptiva da prescrição penal. Precedentes. (RHC 142852 Agr, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017)

No caso dos autos subjacentes, entre a data da publicação do v. acórdão condenatório, em 08.08.2006, e a data do trânsito em julgado para ambas as partes, em 25.06.2019, constata-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, em sua modalidade retroativa, eis que transcorrido lapso superior a 08 (oito) anos.

Desse modo, **DEFIRO** a liminar pleiteada, para **DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE** do réu, ora paciente FABIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, com relação ao delito previsto no artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/1990, pelo ocorrência da prescrição pretensão da punitiva estatal, em sua modalidade retroativa, com fulcro no artigo 107, IV, c.c os artigos 109, IV, 110, §1º, todos do Código Penal, c.c o artigo 61 do Código de Processo Penal, nos termos da fundamentação acima, com a consequente expedição de contra mandado de prisão.

Comunique-se a decisão ao juízo impetrado, requisitando-se, ao mesmo tempo, as informações.

Após, ao MPF.

P.I.C.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5033783-72.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS

IMPETRANTE: LUCAS VILLELA RAMOS, HUGO BURITI VITAL, DEMOSTENES DE CASTRO TAVARES

Advogados do(a) PACIENTE: DEMOSTENES DE CASTRO TAVARES - SP446632, HUGO BURITI VITAL - SP444506, LUCAS VILLELA RAMOS - SP443599

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 5ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado por Hugo Buriti Vital, Demostenes de Castro Tavares e Lucas Villela Ramos em favor de SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS contra ato judicial emanado do MM. Juízo da 5ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP (Dra. Maria Isabel do Prado), que indeferiu pedido de revogação da prisão preventiva, decretada nos autos do processo nº 5006048-48.2020.4.03.6181.

Colhe-se da impetração que o paciente teria sido preso preventivamente pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 288, 132, 180, §1º, todos do Código Penal e artigos 29, *caput*; 29, § 1º, inciso III, e 32, todos da Lei nº 9.605, de 12.02.1998.

A impetração sustenta, em síntese:

- a) ausência do preenchimento dos requisitos autorizadores, dispostos no artigo 312 do CPP, para a prisão preventiva do paciente;
- b) fundamentação genérica, sem individualização das condutas;
- d) que o paciente apresenta condições favoráveis, eis que é pai de família, genitor de duas crianças menores de 12 (doze) anos, primário, possui residência fixa e trabalho lícito;
- e) que não responde por crime cometido mediante violência ou grave ameaça;
- f) por fim, apela pela aplicação da Recomendação 62/2020, do CNJ, em face da pandemia da COVID-19.

Requer, liminarmente, a concessão da liberdade provisória ou, alternativamente, a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares dispostas no artigo 319 do CPP. No mérito, a confirmação da medida, de modo a tornar definitiva a liminar requerida.

A inicial veio acompanhada de documentação.

É o relatório.

Decido.

A ação de *Habeas Corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder que repercute, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e artigo 647 do Código de Processo Penal.

Depreende-se dos autos que se trata da 2ª fase da investigação denominada “Operação Urutau”, Inquérito Policial nº 5001452-55.2019.4.03.6181 (IPL nº 71/2019-DELEMAPH/SP) instaurado em 05/07/2019 para apurar as responsabilidades criminais remanescentes de outros autores de crimes ambientais que não foram contemplados pela primeira fase da investigação, consolidada nos autos do IPL nº 002/2018/DELEMAPH/SR/PF/SP.

No que pertine à conduta do acusado, ora paciente, colhe-se da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, em 14.12.2020 (ID149773292 - p. 2/51):

V.3. SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS

(...)

Em relação a **SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS**, o conjunto de informações obtidas durante as interceptações telefônicas indicam que o denunciado exerce uma intensa atividade de comércio ilegal, como receptor de passeriformes, de origem ilegal, trazidos para São Paulo por vários traficantes, fornecendo tais animais para outros revendedores de São Paulo, como **WILLIAM**, mencionado acima, conduta criminosa enquadrada no crime ambiental previsto no artigo 29, *caput* e §1º, inciso III da Lei de Crimes Ambientais.

De acordo com os relatórios da Autoridade Policial, **SAMUEL** em conversa com pessoa ainda não identificada, usuária do terminal (11) 96021-2710, comenta sobre venda e garantia dos animais comercializados, chegando a mencionar outros traficantes como **FREITAS, WILLIAM e ZÉ DO BODE** (Auto Circunstanciado nº 01/2019 – Complementar (ID 28079260)).

Durante as interceptações telefônicas, verificou-se que **SAMUEL** e **WILLIAM**, falam de vários animais que seriam comercializados, como papagaios, tucanos, araras, curiós, azulões, micos, pixoxós, jacarés, maritacas, coleirinhas e pássaros-preto. De igual forma, mencionam outros indivíduos investigados tais como **ZÉ DO PÃO, WILLIAM, PERNAMBUCO, DARLAN, JEAN, ZEZÃO e NOEL**.

Sobre isso, cabe mencionar que no dia 24/10/2020, **SAMUEL** recebeu ligação de HNI, que teria vendido e mandado animais silvestres para **ZÉ DO BODE**, mas não conseguiria entregar a mercadoria. HNI pede para **SAMUEL** ligar para **CYNTHIA**, esposa de **ZÉ DO BODE**, para tentar concluir a entrega. HNI demonstra preocupação por não conseguir contato com **ZÉ DO BODE** dizendo “ai eu não sei o que é que eu faço, e eu já mandei os frango”, provavelmente se referindo a papagaios.

Por meio dos áudios e telefones interceptados, com autorização judicial, foram obtidas provas robustas da conduta criminosa de **SAMUEL**, associando-se com mais pessoas para o fim específico de cometer crimes ambientais em larga escala. As provas de materialidade e autoria evidenciam que **SAMUEL** se associou a **ROBERTO/ZÉ DO BODE**, na venda de animais silvestres (vide fls. 05 e fls. 42 e termos da Informação de Polícia Judiciária nº 55/2019 e, diálogo ID 26419324/ Auto Circunstanciado nº 02/2020, às fls. 567/568, conduta tipificada pelo artigo 288 do CP.

Também encontramos provas de sua associação com **ADRIANO PEREIRA DO AMORIM**, também denunciado, na venda de animais silvestres, conforme fls. 06 e anexo e Informação de Polícia Judiciária nº 55/2019, e fls. 44/45, bem como a sua associação criminosa com **LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO** e **CLAUDIA REGINA NORONHA**, na venda ilícita de papagaios, conforme conjunto probatório obtido pela autoridade policial consubstanciado no Auto Circunstanciado nº 01/2019.

É de extrema importância destacarmos a associação criminosa com o denunciado **WILLIAM LIBANIO MINERVINO**, conforme documentos de fls. 157 e Auto Circunstanciado nº 01/2019, fls. 162/223, fls. 260 e fls. 302/303, fls. 307/308 e fls. 357/358. Além disso, consta no Auto Circunstanciado nº 02/2020 alusão a um diálogo em que o denunciado teria sido preso em companhia de **WILLIAM** na prática de crime ambiental anterior à investigação, onde teria ocorrido ato de corrupção policial.

Outrossim, no Auto Circunstanciado nº 02/2020 consta diálogo em que SAMUEL afirma que em determinada data a Polícia Militar teria feito uma abordagem policial com apreensão de animais silvestres em sua casa, mas que naquela oportunidade, SAMUEL teria evadido-se pelo telhado do vizinho, ocultando duas ararajubas no telhado. Esta conduta, manter posse de animal silvestre no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição da venda de tais animais, se encontra tipificada no artigo 180, §§1º e 2º do CP, devendo SAMUEL ser condenado pela receptação dolosa qualificada no exercício de atividade ilícita profissionalizada.

Não obstante tamanha gravidade, conforme toda a prova carreada aos autos, foi possível concluir que o denunciado incorre em grave prática reiterada de crime de maus tratos na manutenção de animais em cativeiro, conduta tipificada pelo artigo 32 da Lei de crimes ambientais, como se observa em diversos diálogos interceptados, inclusive com o perigo para vida e saúde de outrem, pelo risco de proliferação de bactérias e pelo contágio pela zoonose Psitacose, conforme descrito no Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – fls. 699/717, conduta tipificada pelo artigo 132 do Código Penal.

Assim, pelos fatos minuciosamente ora descritos, resta indubitável que SAMUEL é um dos principais agentes das práticas criminosas ora investigadas, haja vista os diálogos transcritos e contidos no Anexos apresentados pela Polícia, demonstrando que o denunciado faz mercancia de animais silvestres como forma de vida, possuindo papel de destaque em eventos já elucidados durante quase todo o período de investigação, devendo ser condenado pelos crimes apontados nesta exordial condenatória.

(...)

A autoridade policial representou pela prisão cautelar do paciente, dentre outros, que restou decretada pela autoridade impetrada, após ouvido o Ministério Público Federal, que se manifestou favoravelmente à medida.

Inconformado, a defesa do acusado, ora paciente, pleiteou a revogação da prisão preventiva, que restou indeferida por decisão, objeto da presente impetração, cujo teor passa-se a transcrever (ID 149773308 - p. 1/3):

Vistos.

Passo a deliberar em atenção aos pedidos de revogação da prisão preventiva ou substituição por medidas cautelares diversas da prisão formulados em audiência de custódia realizada nesta data acerca do cumprimento dos mandados de prisão preventiva dos investigados ETEVALDO PAES DE LIRA, ADRIANO PEREIRA DE AMORIM, ERONIDES ELIZARIO PAES DE LIRA, ROBERTO AUGUSTO MARTINEZ FILHO, SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS, ARLINDO JOSÉ BEZERRA DA SILVA, LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO, CLÁUDIA REGINA NORONHA, WILLIAM LIBIANO MINERVINO, GUSTAVO HENRIQUE JANNUZZI ANDRIOLLI e MARCOS VINÍCIUS DE OLIVEIRA. Entendo que as medidas cautelares de prisão preventiva mantêm-se necessárias pelos fundamentos expostos nas decisões de 25/11/2020 e 02/12/2020, com fundamento da garantia da ordem pública e da conveniência da instrução criminal. Circunstâncias de natureza pessoal alegadas pelos investigados e seus defensores como desempenho de trabalho lícito ou residência fixa ainda que venham a ser comprovadas, não constituem, somente observado nos depoimentos qualificativos em audiência, demonstração de completa incompatibilidade de tal conduta social com a continuidade da prática dos delitos que se busca afastar com a segregação cautelar. Ademais, os autos desta representação foram suficientemente instruídos com provas da materialidade e autoria das condutas delitivas, de maneira que nesta análise inicial prevalece a necessidade de cautela, não havendo prova da desnecessidade da prisão. Assim, INDEFIRO os pedidos de revogação da prisão preventiva ou de sua substituição por medidas que permitam a liberdade, ainda que vigiada, dos investigados.

(...)

DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal, em seu Título IX e, especificamente, no Capítulo III, dispõe acerca da prisão preventiva, cabendo salientar que tal instituto foi reformulado por força da edição da Lei nº 12.403, de 04.05.2011, que teve o objetivo de estabelecer que a custódia cautelar deve ser interpretada e ser decretada apenas quando não cabível no caso concreto qualquer outra medida (também de natureza cautelar) dentre aquelas elencadas no art. 319 do Diploma Processual (inteligência do art. 282, § 6º, de indicado Código, que prevê a prisão cautelar como *ultima ratio*), alterada pela Lei nº 13.964, de 24.12.2019.

Dentro desse contexto, mostra-se adequada a prisão cautelar quando os postulados que compõem a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) indicarem que a medida excepcional de constrição da liberdade antes da formação da culpa é imperiosa diante do caso concreto.

Por se revestir de natureza cautelar, a prisão preventiva somente poderá ser decretada caso presentes no caso concreto tanto o *fumus boni iuris* (chamado especificamente de *fumus comissi delicti*) como o *periculum in mora* (nominado especificamente de *periculum libertatis*), o que, a teor do art. 312 do Código de Processo Penal, consistem na necessidade de prova da materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*) e no fato de que a segregação preventiva tenha como escopo a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou o asseguramento da aplicação da lei penal, considerando-se, ainda, o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*). Destaca-se, outrossim, que a prisão preventiva também poderá ser imposta em decorrência do descumprimento de quaisquer das medidas constantes do art. 319 do Diploma Processual (conforme autorização expressa do parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal).

Sem prejuízo do exposto, ainda que concorrentes no caso concreto os pressupostos anteriormente listados (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*), faz-se necessária para a decretação da preventiva que a infração penal imputada àquele que se objetiva encarcerar cautelarmente enquadre-se nos parâmetros trazidos pelo art. 313 do Código de Processo Penal: (a) crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos; (b) agente já condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Código Penal; e (c) crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou a pessoa com deficiência para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (independentemente do quantum de pena cominada). Admite-se, ademais, a decretação da preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após sua identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida) - art. 313, parágrafo único, do Diploma Processual Penal.

Todavia, conforme comando expresso do art. 314 do Código de Processo Penal, incabível cogitar-se na segregação cautelar em análise se restar verificado pelo juiz, a teor das provas constantes dos autos, que o agente levou a efeito a infração escudado por uma das causas excludentes da ilicitude elencadas no art. 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

Importante ser dito que a privação de liberdade ora em comento pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou em sede de processo penal (art. 311 do Código de Processo Penal), devendo a decisão que a decretar, a substituir por outras medidas cautelares ou a denegar ser sempre motivada (seja por força do que prevê o art. 315 do Código Processual Penal, seja, principalmente, em razão do comando inserto no art. 93, IX, da Constituição Federal).

Consigne-se, por fim, que tal privação de liberdade deve ser analisada sempre com supedâneo na cláusula *rebus sic stantibus*, vale dizer, os pressupostos autorizadores da preventiva devem estar presentes no momento de sua decretação bem como ao longo do período de sua vigência. Nesse sentido, vide o art. 316 do Código de Processo Penal, que estabelece que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

DO CASO CONCRETO

Verifica-se que a manutenção da prisão preventiva do paciente se faz necessária, tendo em vista os elementos de prova coligidos nos autos subjacentes, revelando que suas condutas seriam, em tese, voltadas à habitual prática de tráfico de animais silvestres.

A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente teve por fundamento a garantia da ordem pública, por considerar que as interceptações telefônicas, os autos circunstanciados, as informações de polícia judiciária, boletins de ocorrência, notícias de apreensões de grande número de animais silvestres e outros atos de persecução penal mostraram-se insuficientes à inibição de suas condutas delitivas, evidenciando o risco considerável de reiteração de ações criminosas, e a conveniência da instrução criminal, para impedir que se perturbe e ou impeça a produção de provas, sendo certo que, no caso dos autos, seria de suma importância a localização e apreensão de todos os animais que estavam em cativeiro, bem como, a completa qualificação de outras pessoas possivelmente envolvidas no tráfico de animais silvestres.

O primeiro pressuposto necessário para a decretação de uma prisão preventiva, como todo provimento cautelar, é o *fumus boni iuris*, aqui consubstanciado na prova da existência dos crimes, bem como na inquestionável autoria, a qual restou soberantemente demonstrada no decorrer do inquérito policial.

Consta que o paciente SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS praticaria de forma habitual a venda massiva de animais silvestres, fazendo dessa atividade seu meio de vida.

O *fumus comissi delicti*, consubstanciado pela prova da materialidade delitiva restou demonstrado, haja vista o conjunto de informações obtidas durante as interceptações telefônicas indicando que o paciente exerceria uma intensa atividade de comércio ilegal, como receptor de passeriformes, de origem ilegal, trazidos para São Paulo por vários traficantes, fornecendo tais animais para outros revendedores de São Paulo.

Como se não bastasse, também foi atribuído ao paciente a conduta de ocultar 02 (duas) ararajubas no telhado de sua casa, e realizada a apreensão de diversos animais silvestres, na data de 30/01/2020, em sua residência em Diadema, SP, sendo que mantinha a posse de animais silvestres no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição legal da venda desses semoventes. Como evidência probatória, a Autoridade Policial indicou o Boletim de Ocorrência/Termo Circunstanciado nº 900003/2020. Consta dos autos ainda um diálogo em que o investigado William comenta que, em determinada data, a polícia militar teria feito uma abordagem policial com apreensão de animais silvestres na casa de SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS, ocasião em que ele teria se evadido pelo telhado do vizinho, ocultando duas 'ararajubas' no telhado (ID 149773295 - p. 10/11).

Confirma-se assim que o paciente é um dos agentes das práticas criminosas ora investigadas, demonstrando que o investigado fará mercancia de animais silvestres como forma de vida, possuindo papel de destaque em todos os eventos já elucidados durante quase todo o período de investigação.

O segundo pressuposto, ou seja, o *periculum in mora* está patente diante da necessidade de se garantir a ordem pública e a conveniência da boa instrução do processo, dadas as circunstâncias do caso e o *modus operandi* da organização criminosa investigada.

Nesse contexto, o *periculum libertatis* restou fundamentado na garantia da ordem pública, considerando que o conjunto de informações obtidas nos autos subjacentes, tais como interceptações telefônicas, os autos circunstanciados, as informações da polícia judiciária, os boletins de ocorrência, a notícia de apreensão de animais silvestres e outros atos de persecução penal, aliado aos demais elementos de primeira fase da 'Operação Urutau' indicariam a intensa participação do paciente, associado aos demais investigados, na prática de comércio ilícito de animais silvestres, de forma reiterada. Portanto, a sua liberdade representaria alta probabilidade de perpetuação da atividade criminosa, evidenciando a ineficácia de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão.

Desse modo, a acentuada gravidade dos crimes apurados na investigação, o possível envolvimento direto do paciente em diversos crimes, não deixam dúvidas de que a Prisão Preventiva é, neste momento, a única medida suficiente e adequada para fazer cessar a atividade criminosa que estaria em curso há tempos pelos integrantes da suposta organização criminosa, da qual o paciente faria parte.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. DESCAMINHO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA PARA A PRÁTICA DE CONTRABANDO E DESCAMINHO. NECESSIDADE DE INTERROMPER AS ATIVIDADES DO GRUPO. RÉU FORAGIDO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECURSO DESPROVIDO. 1.(...). Mostra-se fundamentada a prisão como forma de garantir a ordem pública em caso no qual se constata a existência de organização criminosa complexa, voltada para a prática de contrabando e descaminho, e estruturada com nítida divisão de tarefas, alvo de operação na qual foram apreendidas aproximadamente 20 toneladas de mercadorias importadas irregularmente, além de centenas de animais silvestres (canários peruanos). 3. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que se justifica a decretação de prisão de membros de organização criminosa como forma de interromper as atividades do grupo. 4. Reforçam a necessidade da segregação cautelar o fato de o recorrente ser apontado como um dos principais interlocutores do grupo e, segundo o que se apurou, sobreviver da prática criminosa, ou seja, da internalização e venda de mercadorias descaminhadas/contrabandeadas, não tendo se intimidado com as várias apreensões de mercadorias. Nesse contexto, é alto o risco de reiteração criminosa, o que justifica a prisão cautelar para a garantia da ordem pública. (...)6. Condições subjetivas favoráveis não são impeditivas à decretação da prisão cautelar; caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes. 7. Recurso ordinário desprovido. RHC - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - 70092 2016.01.06520-9, REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 10/03/2017. (g.n.)

HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. RECEPÇÃO. QUADRILHA. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CPP. ORDEM DENEGADA. AGRADO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. A decisão do magistrado de primeiro grau que converteu a prisão em flagrante em preventiva, não padece de qualquer irregularidade, haja vista que estão presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. Os indícios de autoria e materialidade do crime estão suficientemente delineados nos autos. 3. As aves, algumas espécies silvestres ameaçadas de extinção (curió, bicudo, arara caninde, arara vermelha), segundo a autoridade policial, foram encontradas na residência da paciente amontoadas, sem condições sequer de sobrevivência. 4. Fatos comprovam que a paciente faz parte do grupo criminoso que se dedica ao tráfico reiterado de animais silvestres investigado pela Operação Cipó. 5. A manutenção da custódia cautelar se faz necessária para garantir a ordem pública e evitar a reiteração criminosa. 6. Agravo regimental prejudicado. Ordem denegada. (HC 0031116-82.2012.4.03.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/01/2013. (g.n.)

No caso, foi-lhe imputado também a prática, em tese, do crime contra a saúde pública, previsto no artigo 132 do CP, pois teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos. Nesse sentido foi o Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP.

Por outro lado, a defesa do paciente não apresentou fatos concretos ou documentos capazes de modificar a situação dos autos.

Não restou comprovada o exercício de atividade lícita, tampouco demonstrou possuir bons antecedentes. A Autoridade Policial relatou que o paciente já teria se envolvido em diversas intercorrências de infrações ambientais. Nesse sentido apontou a cópia do BO nº 27/2019, anexado aos autos, com registro de apreensão de 117 (cento e dezessete) aves silvestres em poder do paciente para fins de mercancia. Também teria sido juntado cópia do BO n. 6992/2018 com registro da apreensão de 18 (dezoito) periquitos para fins de mercancia. E ainda teriam sido encartados aos autos outros registros de apreensões pretéritas de animais silvestres relacionadas ao paciente, com destaque para o documento (fls. 533 dos autos físicos do IPL), em que constaria confissão do paciente no sentido de ter adquirido "pixarros" em Curitiba.

Ressalte-se que se permanecer solto, o acusado, ora paciente, suposto participante de associação criminosa supostamente voltada ao tráfico de animais silvestres terá facilidade para planejar e executar ações visando impedir o esclarecimento de certos pontos e a identificação do envolvimento de outras pessoas, e, ainda, evadir-se do distrito da culpa, intimidar testemunhas, combinar depoimentos e destruir provas dos crimes cometidos, tudo em detrimento da verdade real dos fatos.

Ademais, trata-se de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, restando configurada a hipótese autorizativa do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Subsiste ainda a contemporaneidade das condutas ilícitas. Com efeito, as investigações se iniciaram em 2019 e se estenderam durante todo esse ano de 2020, culminando com apreensões recentes, datadas de outubro/2020. Ocorre que somente com o aprofundamento das investigações e que se revelaram o modo de execução dos crimes, seus possíveis membros como também a continuidade das ações delitivas, possibilitando as prisões preventivas decretadas nos autos subjacentes.

Desse modo, a presença da materialidade e os indícios da autoria (*fumus comissi delicti*), aliados ao risco concreto à ordem pública, à conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal demonstram o *periculum libertatis* a justificar plenamente a segregação, a teor do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

Assim, com base nos dados concretos supramencionados, andou bem a autoridade ora impetrada ao realizar um juízo de periculosidade positivo em relação ao paciente SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS, por considerar demonstrada a premente necessidade de sua retirada do convívio social, fazendo-se cessar os irreparáveis danos ao meio ambiente que vem sendo inegavelmente causados por seus supostos crimes contra a fauna e maus tratos a animais silvestres, além de outros crimes que lhes foram imputados, como perigo para a vida ou a saúde de outrem e associação criminosa.

Com efeito, restando presente a necessidade concreta da decretação da custódia cautelar, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei n.º 12.403, de 04.05.2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime em comento, razão pela qual é inaplicável ao caso em análise o artigo 319 do Código de Processo Penal.

Registro que não é só a violência ou ameaça a pessoa que caracteriza a gravidade de um determinado crime. A forma e a finalidade de agir, tais quais foram retratadas na decisão impugnada e no pedido de Prisão Preventiva nestes autos, são reveladoras da necessidade de se garantir a ordem pública.

Cumprido ressaltar que eventuais condições favoráveis, como residência fixa, família constituída e ocupação lícita não constituem circunstâncias aptas a garantir a revogação da prisão preventiva, quando existem outros elementos que justificam a necessidade da segregação cautelar, como se observa no caso em tela. (RHC 9.888, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 23.10.00; HC 40.561/MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20.06.05, pág. 314).

Verifica-se, por fim, que o *decisum* impugnado está devidamente fundamentado, em observância nos artigos 5º, inciso LXI, e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, estando alicerçado em elementos concretos, os quais demonstram a necessidade de decretação da prisão preventiva nos termos do que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, cumprindo o escopo inserto no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

No que tange à Recomendação CNJ nº 62/2020, dispõe o artigo 4º:

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I - a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

- a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;*
- b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;*
- c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;*

II - a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III - a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

Trata-se a sobredita norma de uma recomendação do Conselho Nacional de Justiça para que os magistrados reavaliem a prisão provisória, priorizando-se os réus que se enquadrem nas situações elencadas, e não de um direito subjetivo à liberdade provisória.

Adentrando ao caso concreto, não há notícias de que o paciente seja idoso, único responsável por criança até doze anos ou por pessoa com deficiência, tampouco possua qualquer deficiência que o enquadre no denominado grupo de risco.

Cumpra consignar que em 02.07.2020, em decisão proferida pelo Desembargador Federal Marcelo Granado, do TRF da 2ª Região, nos autos da Remessa Necessária Criminal nº 5019036-70.2020.4.02.5101/RJ, foram compilados dados que demonstram que o risco da população carcerária ser acometida pela infecção Covid-19 e, eventualmente, vir a óbito, é menor do que o da população em geral.

Em consulta realizada em 18.12.2020 no site da internet do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, observa-se que a população carcerária atualmente monta a 702.069 presos, tendo sido diagnosticados 39.974 presos com Covid-19, dos quais, infelizmente, 127 vieram a óbito.

Esses números indicam que cerca de 5,6% da população carcerária foi infectada, enquanto que o número de óbitos na população carcerária representa aproximadamente 0,018% dos presos. Por outro lado, conforme dados constantes do site <https://covid.saude.gov.br/>, a população brasileira atualmente é de aproximadamente 210.147.125 pessoas, sendo que o número de infectados pela Covid-19 chegou a 7.110.343, dos quais 184.827 pessoas vieram a óbito (dados atualizados até 18.12.2020).

Esses dados demonstram que, ainda que se desconsidere a reconhecida subnotificação do número de diagnósticos de infectados pela Covid-19 no País, a taxa de infectados na população em geral é de 3,38%, enquanto que a taxa de óbitos é de aproximadamente 0,08%, o que indica que a probabilidade de alguém no Brasil vir a falecer de Covid-19 é 08 (oito) vezes maior que o da população que se encontra no sistema prisional.

Como é de conhecimento público, o Departamento Penitenciário - DEPEN e os Governos do Estado de São Paulo e do Mato Grosso do Sul suspenderam visitas nas unidades prisionais, o que significa o isolamento necessário para evitar a rápida proliferação da doença, conforme orientação da OMS - Organização Mundial de Saúde e do Ministério da Saúde.

Desse modo, alegações divorciadas de informações concretas acerca do estado de saúde de quem se encontra no sistema prisional, de modo a caracterizá-lo como integrante de grupo de risco, bem como dos recursos existentes no estabelecimento prisional que se encontra recolhido, não se prestam para arringar decreto de liberdade provisória com supedâneo na Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça

Assim, não demonstrada flagrante ilegalidade que viabilize a concessão de liminar.

Diante de tais considerações, **INDEFIRO** a liminar pleiteada.

Requisitem-se as informações ao juízo *a quo*.

Vista ao MPF.

P.I.C.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5033823-54.2020.4.03.0000

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

IMPETRANTE: SIMONE MACHADO FERREIRA GAINO, GIULIANO LUIZ TEIXEIRA GAINO

PACIENTE: FÁBIO SANTANA DE SOUZA, EDIMILSON FAGUNDES DE SOUZA

Advogados do(a) PACIENTE: GIULIANO LUIZ TEIXEIRA GAINO - SP157405, SIMONE MACHADO FERREIRA GAINO - SP156500

Advogados do(a) PACIENTE: SIMONE MACHADO FERREIRA GAINO - SP156500, GIULIANO LUIZ TEIXEIRA GAINO - SP157405

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTOS/SP - 5ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDIMILSON FAGUNDES DE SOUZA e FÁBIO SANTANA DE SOUZA, contra ato praticado pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Santos/SP, que converteu a prisão em flagrante em preventiva no bojo dos autos nº 5006667-15.2020.4.03.6104. No presente *writ*, os impetrantes pretendem a revogação da prisão cautelar em apreço.

Consta do feito que os pacientes foram presos em flagrante pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

Os impetrantes alegam, em suma, a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva no artigo 312 do Código de Processo Penal. Argumentam que o decreto da medida construtiva se revela ilegal e imotivado, visto que o Juízo impetrado se pautou em sua opinião pessoal ao consignar a presença de “indícios de habitualidade criminoso” e de “risco à ordem pública porque em liberdade retornará à organização criminoso”.

Sustentam que as condições pessoais lhe são favoráveis, já que os pacientes são primários, possuem residência fixa no distrito da culpa e ocupação lícita (ambos são jogadores de futebol amador, e o extrato previdenciário anexado ao feito aponta vários contratos de trabalho firmados ao longo dos anos), além de constituírem família constituída, com filhos menores (certidões de nascimento acostadas aos autos).

Afirmam que milita em favor dos pacientes a presunção de inocência, e que não há elementos concretos e contemporâneos que justifiquem a precoce segregação dos pacientes. Assim, o constrangimento ilegal estaria configurado, visto que não restou demonstrada a exacerbada periculosidade e a repercussão social a caracterizar o risco à garantia da ordem pública, momento porque não estão sendo acusados de crime praticado com violência ou grave ameaça.

Desse modo, à míngua de elementos que comprovem *periculum libertatis*, entendem ser de rigor a revogação da prisão preventiva.

Argumentam que a prisão cautelar deve ser a *ultima ratio* e que, no caso em tela, é suficiente e adequada aos pacientes a imposição de medidas cautelares distintas do cárcere, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Destarte, requerem o deferimento da medida liminar para que seja revogada a prisão preventiva decretada em desfavor dos pacientes, com a imediata expedição de alvará de soltura. No mérito, pleiteiam a concessão definitiva da ordem, confirmando-se a liminar deferida, ou subsidiariamente que seja concedida a liberdade provisória com imposição de medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, preferencialmente, aquela consistente no comparecimento periódico em Juízo.

É o relatório.

Decido.

Extrai-se dos autos que os pacientes EDIMILSON FAGUNDES DE SOUZA e FÁBIO SANTANA DE SOUZA, em conjunto com Luiz Ricardo Gatto Pereira, foram presos em flagrante no dia 15 de dezembro de 2020, pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, caput, c/c o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Depreende-se dos autos que, na noite do dia 14 para o dia 15 de dezembro, a vigilância do Terminal BTP verificou, por meio de câmeras, conduta suspeita, tendo em vista que um caminhão teria adentrado o terminal e estaria agindo de forma não usual. Diante de tais circunstâncias, foram acionadas a Receita Federal e a Polícia Federal, os quais prontamente iniciaram operação conjunta a fim de verificar eventual ocorrência de crime. Após o deslocamento de saída do referido caminhão, foi realizada a abordagem, oportunidade em que o agente de polícia Fábio Marcopito Maia e o auditor fiscal Sandro Roberto Massarenti verificaram que havia dois indivíduos (posteriormente identificados como os ora pacientes) escondidos no interior do compartimento onde fica a cama do caminhoneiro, e em busca veicular foram encontrados 03 (três) lacres de contêiner, além de um fundo falso. Em diligência aos contêineres, onde deveriam estar os aludidos lacres, foi possível encontrar no contêiner TCNU 288764 45G1 grande quantidade de bolsas pretas, as quais continham substância ilícita similar a "cocaína". Os policiais constataram que os pacientes tentaram, sem êxito, abrir o contêiner UACU 842277 42G1 e, quanto ao contêiner HLXU 651798 45G1, estava arrombado, com o intuito de ser feita a realocação das mercadorias existentes no primeiro contêiner, para assim conseguir mais espaço para a droga. Como não conseguiram alocar todas as mercadorias, algumas foram encontradas nos espaços entre as fileiras de contêineres, bem como dentro da boleia do caminhão. Conforme consta do termo de apreensão de Id 149781605 – pág. 04/05, nessa ocasião foram apreendidos 360 kg (trezentos e sessenta quilogramas) de substância entorpecente identificada preliminarmente como "cocaína", compreendidos em 23 (vinte e três) sacos de rafia contendo os tablets da referida droga.

Diante disso, procedeu-se à prisão em flagrante dos agentes delitivos, dentre os quais, os pacientes EDIMILSON e FÁBIO, que por sua vez foi homologada e convertida em prisão preventiva por decisão proferida pela apontada autoridade coatora em audiência de custódia, sob os seguintes fundamentos (Id 149781624):

"Edimilson Fagundes de Souza, Fabio Santana de Souza e Luiz Ricardo Gatto Pereira foram presos em flagrante delito pela prática, em tese, do crime previsto no art. 33, caput, c.c. art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Designada audiência de custódia para hoje, foi feita entrevista com os custodiados, nos termos da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.

Inicialmente, os investigados disseram que não sofreram tortura nem maus tratos. No entanto, todos relataram que o exame de corpo de delito foi feito dentro da viatura policial, o que deve ser esclarecido pela Polícia Federal e pelo próprio IML. Expeça-se ofício.

Todos disseram estar bem de saúde, apenas o investigado Edmilson disse estar com infecção intestinal, problema que já estava sendo tratado antes da prisão com remédio (informou que não se lembra do nome).

O Ministério Público Federal requereu a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Os defensores dos indiciados requereram a concessão da liberdade provisória ou, subsidiariamente, a substituição da prisão medidas cautelares alternativas.

Decido.

Deve ser homologada a prisão em flagrante.

Os investigados foram presos no momento em que, em tese, tinham acabado de cometer a suposta infração penal. Assim, a prisão em flagrante está justificada pela ocorrência da hipótese prevista no art. 302, II, do Código de Processo Penal (flagrante próprio).

Além disso, foram obedecidas as determinações previstas na Constituição (art. 5.º, LXII, LXIII e LXIV) e cumpridas as formalidades do Código de Processo Penal (arts. 304 e 306).

Reconhecida a legalidade da prisão em flagrante, passo a analisar se deve ser feita a conversão em preventiva ou concedida a liberdade provisória.

No momento, com base naquilo apurado nos autos, é o caso de decretação da prisão preventiva, cujos requisitos são: a prova da existência de crime punido com pena máxima superior a quatro anos, indícios suficientes de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, com base em fatos concretos novos ou contemporâneos, bem como a necessidade de garantir a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal (arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal).

No caso dos autos, o crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 tem pena máxima de 15 anos de reclusão.

Por sua vez, a existência do crime e os indícios de autoria, neste momento, ressalvado o princípio da presunção de inocência, ficaram demonstrados pelo auto de prisão em flagrante nº 2020.0123446-DPP/STS/SP, termos de depoimento das testemunhas, termo de apreensão nº 1744722/2020 e laudo preliminar de constatação nº 0504/2020 – NUTEC/DPP/STS/SP.

Tais elementos informativos, em análise adequada a esta fase processual, permitem concluir pela existência de indícios suficientes de que os investigados, no dia 15/12/2020, sem autorização legal, transportaram cocaína e depois a guardaram em um contêiner, para posterior exportação.

O auto de apreensão nº 1744722/2020 descreveu os bens apreendidos na posse dos investigados, bem como os 360 Kg de substância branca encontrada dentro das bolsas pretas, os quais testaram POSITIVO para o alcalóide COCAÍNA, de acordo com o Laudo Preliminar de Constatação nº 0504/2020 – NUTEC/DPP/STS/SP.

A testemunha Fabio Marcopito Maia, agente de Polícia Federal, relatou: "Na noite do dia 14 de dezembro de 2020 para o dia 15 de dezembro de 2020 o Terminal BTP identificou através de sua vigilância de câmeras uma situação suspeita, na qual aparentemente um caminhoneiro, após adentrar o Terminal com seu caminhão, estaria agindo de forma não usual. Foram acionadas imediatamente a Receita Federal e a Polícia Federal, sendo que ambos os órgãos compareceram rapidamente e iniciaram uma operação conjunta dentro do Terminal, a fim de verificar a eventual ocorrência de ilícito, com a consequente prisão dos infratores se fosse confirmado algum ato criminoso. Aguardou-se o deslocamento de saída do caminhão, ocasião em que foi feita a abordagem. Neste momento verificou-se que havia dois indivíduos escondidos dentro do compartimento onde fica a cama do caminhoneiro, e numa busca veicular foram localizados 03 (três) lacres de contêiner, assim como um fundo falso. A equipe conjunta da Receita Federal e da Polícia Federal diligenciou nos contêineres onde deveriam estar os lacres em questão, e especificamente no contêiner TCNU 288764 45G1 foi possível encontrar grande quantidade de bolsas pretas, as quais continham substância aparentemente ilícita, similar à popularmente conhecida como "cocaína". Os outros dois contêineres eram os seguintes: UACU 842277 42G1, o qual aparentemente os indivíduos investigados tentaram abrir mas não conseguiram e HLXU 651798 45G1, o qual foi arrombado pelos indivíduos, para que pudesse ser feita uma realocação das mercadorias presentes no primeiro contêiner (TCNU 288764 45G1), a fim de que sobrasse espaço para os entorpecentes. Ao final das manobras daqueles indivíduos, entretanto, eles começaram a jogar mercadorias nos "corredores" formados entre as fileiras de contêineres, ao invés de continuar tentando esconder as mercadorias de um dentro do outro. Foram encontradas, ainda, dentro da boleia do caminhão, diversas caixas de mercadorias que estavam originalmente dentro do contêiner TCNU 288764 45G1, aquele que foi o escolhido para inserção das bolsas com substância entorpecente".

A testemunha Sandro Roberto Massarenti, por sua vez, informou: "Na noite do dia 14 de dezembro de 2020 para o dia 15 de dezembro de 2020 o Terminal BTP identificou através de sua vigilância de câmeras uma situação suspeita, na qual aparentemente um caminhoneiro, após adentrar o Terminal com seu caminhão, estaria agindo de forma não usual. Foram acionadas imediatamente a Receita Federal e a Polícia Federal, sendo que ambos os órgãos compareceram rapidamente e iniciaram uma operação conjunta dentro do Terminal, a fim de verificar a eventual ocorrência de ilícito, com a consequente prisão dos infratores se fosse confirmado algum ato criminoso. Aguardou-se o deslocamento de saída do caminhão, ocasião em que foi feita a abordagem. Neste momento verificou-se que havia dois indivíduos escondidos dentro do compartimento onde fica a cama do caminhoneiro, e numa busca veicular foram localizados 03 (três) lacres de contêiner, assim como um fundo falso. A equipe conjunta da Receita Federal e da Polícia Federal diligenciou nos contêineres onde deveriam estar os lacres em questão, e especificamente no contêiner TCNU 288764 45G1 foi possível encontrar grande quantidade de bolsas pretas, as quais continham substância aparentemente ilícita, similar à popularmente conhecida como "cocaína". Os outros dois contêineres eram os seguintes: UACU 842277 42G1, o qual aparentemente os indivíduos investigados tentaram abrir mas não conseguiram e HLXU 651798 45G1, o qual foi arrombado pelos indivíduos, para que pudesse ser feita uma realocação das mercadorias presentes no primeiro contêiner (TCNU 288764 45G1), a fim de que sobrasse espaço para os entorpecentes. Ao final das manobras daqueles indivíduos, entretanto, eles começaram a jogar mercadorias nos "corredores" formados entre as fileiras de contêineres, ao invés de continuar tentando esconder as mercadorias de um dentro do outro. Foram encontradas, ainda, dentro da boleia do caminhão, diversas caixas de mercadorias que estavam originalmente dentro do contêiner TCNU 288764 45G1, aquele que foi o escolhido para inserção das bolsas com substância entorpecente."

Há, portanto, elementos que indicam a prática, em tese, dos crimes previstos no art. 33, caput, c.c. art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Por outro lado, há indícios de habitualidade criminosa, em razão de possível associação a outras pessoas para a prática do delito, o que ficou indicado pelo meio utilizado para acondicionar a droga dentro da unidade de carga, a elevada quantidade de substância entorpecente movimentada, e a utilização de lacres duplê, características essas atreladas ao modus operandi de organizações criminosas especializadas na remessa de cocaína ao exterior.

Por conseguinte, há o risco de que, caso sem postos em liberdade, os acusados retornem à organização criminosa para praticar novos delitos.

Nesse sentido, compete registrar que o Egrégio Supremo Tribunal Federal tem entendido que "a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (HC n. 95024, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 1º Turma, DJE 20.02.2009).

Ademais, há que se considerar a existência de indícios de que o custodiado Luiz Ricardo Gatto Pereira (motorista) tenha se valido de sua atividade profissional para a prática de tráfico de drogas, o que também configura situação de risco à ordem pública, em razão da facilidade de praticar outros crimes da mesma espécie.

Logo, há elementos concretos que permitem concluir que, no momento, a liberdade dos investigados será prejudicial à ordem pública (probabilidade de reiteração dos delitos por conta de indícios de habitualidade na prática de crimes).

Esses fundamentos denotam, por sua vez, a impossibilidade da substituição da prisão por medidas cautelares (arts. 282, § 6.º, e 319 do Código de Processo Penal), que se demonstraram ineficazes para substituir a prisão e impedir a prática de outras infrações penais (conforme o apurado até o momento).

Está justificada, por conseguinte, a necessidade da prisão preventiva, com base nos fatos contemporâneos citados acima, que caracterizam o receio de perigo à ordem pública gerado pela liberdade dos investigados.

As alegações de primariedade, residência fixa, família constituída e ocupação lícita não são suficientes para impedir a decretação da prisão preventiva, uma vez demonstrada a sua necessidade nos termos do Código de Processo Penal.

Assim, por ora, conforme o exposto acima, não merecem acolhimento os argumentos da defesa para a concessão da liberdade provisória.

Por fim, deve ser complementado que o depoimento das testemunhas fornece indícios da prática de furto qualificado pelo rompimento de obstáculos e concurso de agentes (art. 155, § 4.º, I e IV, do Código Penal), visto que, em tese, os agentes teriam subtraído as caixas de mercadorias que estavam originalmente dentro do contêiner TCNU 288764 45G1 e foram encontradas dentro do caminhão.

Em face do exposto, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA de Edmilson Fagundes de Souza, Fabio Santana de Souza e Luiz Ricardo Gatto Pereira. Expeça-se mandado de prisão com os requisitos do art. 285 do Código de Processo Penal e com a observação de que se trata de conversão de flagrante em preventiva. O mandado de prisão terá validade até a data de expiração do prazo prescricional, calculado pela pena máxima (art. 109 do Código Penal) e com início na data do fato.

Solicitem-se as certidões de antecedentes criminais.

Expeça-se ofício à penitenciária para solicitar tratamento de infecção intestinal ao investigado Edmilson Fagundes de Souza.

Expeça-se ofício à Polícia Federal e ao IML para que esclareçam sobre a alegação dos investigados de que o exame de corpo de delito foi feito dentro da própria viatura.

Concedo prazo de cinco dias para a defesa dos indicados Edmilson e Fabio regularizar a representação processual nos autos. (...).".

Pois bem

Em um juízo perfunctório, próprio desta fase procedimental, não vislumbro constrangimento ilegal a ensejar o deferimento da medida de urgência.

Inicialmente, registre-se que a prisão preventiva decorre de decisão judicial fundamentada, que demonstrou a existência de prova da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria, bem como a presença dos demais requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, em observância ao artigo 93, IX, da Constituição Federal e ao artigo 310 do Código de Processo Penal. A despeito do que sustentam os impetrantes, o Juízo impetrado apontou elementos concretos que evidenciam a indispensabilidade da prisão preventiva no caso em apreço.

Com efeito, verifica-se estar presente o denominado *fumus commissi delicti*, consistente na prova da materialidade delitiva e de lastro probatório suficiente relativo à autoria, tendo em vista os elementos constantes do auto de prisão em flagrante, no qual constam as declarações do agente de polícia Fábio Marcopito Maia e do auditor fiscal Sandro Roberto Massarenti, responsáveis pelas diligências, do termo de apreensão nº 1744722/2020 e do laudo preliminar de constatação nº 504/2020, o qual forneceu o resultado positivo para o alcaloide cocaína. Consoante se extrai das declarações extrajudiciais, os pacientes foram abordados no local do crime, escondidos no caminhão interior depois de cometida a ação delitiva consistente em alocar grande quantidade de cocaína (360kg) dentro de contêiner visando remessa ao exterior. Dessa forma, EDMILSON FAGUNDES DE SOUZA e FÁBIO SANTANA DE SOUZA foram presos em flagrante, juntamente com o condutor do veículo, Luiz Ricardo Gatto Pereira.

Além disso, está presente o requisito previsto no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, tendo em vista que o crime do artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006, imputado aos pacientes é punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos.

No que concerne ao *periculum libertatis*, a prisão preventiva justifica-se para garantia da ordem pública, em face da gravidade concreta da conduta perpetrada pelos pacientes, evidenciada pela expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida – 360 kg (trezentos e sessenta quilogramas) de cocaína – além do *modus operandi* empregado pelos agentes criminosos, envolvendo terceira pessoa (o motorista Ricardo) que se valeu de sua atividade profissional para arquitetar a ação criminosa, viabilizando o transporte de vultosa quantidade de droga na região portuária.

Frisa-se que o conjunto das circunstâncias em que praticado o crime, é dizer, a exacerbada quantidade de droga apreendida no evento criminoso, transportada em região que se destina a remessa a país estrangeiro, aponta o provável envolvimento dos pacientes em organização criminosa dedicada ao cometimento do delito de tráfico de drogas internacional.

Tal conjuntura revela a gravidade concreta da conduta delitiva praticada e demonstra ser imprescindível a manutenção da prisão preventiva dos pacientes como forma de resguardar a ordem pública.

Esclareça-se que as condições pessoais favoráveis apontadas pelos impetrantes no *writ*, tais como residência fixa, exercício de ocupação lícita e família constituída (comprovadas pelos documentos acostados ao presente feito de Ids 149781628, 149781631, 149781933, 149781937, 149781938, 149781943 e 149781946), não consistem em circunstâncias garantidoras da liberdade provisória quando demonstrada a presença de outros elementos que justifiquem a medida constritiva excepcional, como ocorre no caso em tela, diante da ameaça concreta à ordem pública, como já discorrido.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. PREMEDITAÇÃO. CONCURSO DE 4 AGENTES. MODUS OPERANDI. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA IN CASU. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos inseridos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*. 2. No caso, a prisão preventiva está justificada pela gravidade concreta evidenciada pelo *modus operandi* empregado na consecução do crime. O decreto prisional ressaltou que o recorrente, na qualidade de mandante, premeditou e começou a preparação do homicídio meses antes do delito, "invadido por sentimento de inveja e descontentamento em virtude do movimento capitaneado por [...] a fim de regularizar as atividades de todos os produtores de gesso da região". Assim, o recorrente e o corréu contrataram outros 2 agentes para executar o homicídio, mediante paga ou promessa de recompensa, empregando meio que impossibilitou a defesa do ofendido e desferindo, ao menos, 3 disparos de arma de fogo. 3. A circunstância de o recorrente responder a processo penal por porte de arma de fogo na mesma Comarca de origem não pode ser considerada para efeitos de manutenção da custódia cautelar pelo Tribunal estadual, uma vez que não fez parte das razões da decretação da prisão preventiva, e tal omissão não é passível de complementação pelas instâncias superiores. 4. "A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o acréscimo de fundamentos, pelo Tribunal local, não se presta a suprir a ausente motivação do Juízo natural, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato construtivo ao direito de locomoção do paciente" (HC n. 413.447/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/10/2017, DJe 9/10/2017). 5. Condições subjetivas favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a prisão cautelar, caso se verifiquem presentes os requisitos legais para a decretação da segregação provisória (precedentes). 6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade efetiva do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acatular a ordem pública e evitar a prática de novos crimes. 7. Recurso desprovido.". (RHC - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - 111568 2019.01.10283-9, ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 19/12/2019 ..DTPB: - grifei.).

Desse modo, verificada justa motivação para a manutenção da cautela máxima, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas, como pretendem os impetrantes, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública na presente hipótese.

Saliente-se, outrossim, que não há no caso ofensa ao devido processo legal ou ao princípio da presunção de inocência, eis que a decretação de prisão preventiva se pauta em outros pressupostos que não aqueles exigidos para um decreto condenatório (momento em que é verificada a presença de prova robusta de materialidade e autoria delitiva) e, no caso em tela, a necessidade da segregação cautelar está fundamentadamente demonstrada.

Ante o exposto, indefiro a medida liminar requerida.

Requisitem-se informações à autoridade impetrada.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para apresentação de parecer.

P.I.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307) Nº 5033823-54.2020.4.03.0000

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

IMPETRANTE: SIMONE MACHADO FERREIRA GAINO, GIULIANO LUIZ TEIXEIRA GAINO
PACIENTE: FÁBIO SANTANA DE SOUZA, EDIMILSON FAGUNDES DE SOUZA

Advogados do(a) PACIENTE: GIULIANO LUIZ TEIXEIRA GAINO - SP157405, SIMONE MACHADO FERREIRA GAINO - SP156500
Advogados do(a) PACIENTE: SIMONE MACHADO FERREIRA GAINO - SP156500, GIULIANO LUIZ TEIXEIRA GAINO - SP157405

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTOS/SP - 5ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDIMILSON FAGUNDES DE SOUZA e FÁBIO SANTANA DE SOUZA, contra ato praticado pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Santos/SP, que converteu a prisão em flagrante em preventiva no bojo dos autos nº 5006667-15.2020.4.03.6104. No presente *writ*, os impetrantes pretendem a revogação da prisão cautelar em apreço.

Consta do feito que os pacientes foram presos em flagrante pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

Os impetrantes alegam, em suma, a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva no artigo 312 do Código de Processo Penal. Argumentam que o decreto da medida constritiva se revela ilegal e imotivado, visto que o Juízo impetrado se pautou em sua opinião pessoal ao consignar a presença de “indícios de habitualidade criminosa” e de “risco à ordem pública porque em liberdade retornará à organização criminosa”.

Sustentam que as condições pessoais lhe são favoráveis, já que os pacientes são primários, possuem residência fixa no distrito da culpa e ocupação lícita (ambos são jogadores de futebol amador, e o extrato previdenciário anexado ao feito aponta vários contratos de trabalho firmados ao longo dos anos), além de constituírem família constituída, com filhos menores (certidões de nascimento acostadas aos autos).

Afirmam que milita em favor dos pacientes a presunção de inocência, e que não há elementos concretos e contemporâneos que justifiquem a precoce segregação dos pacientes. Assim, o constrangimento ilegal estaria configurado, visto que não restou demonstrada a exacerbada periculosidade e a repercussão social a caracterizar o risco à garantia da ordem pública, mormente porque não estão sendo acusados de crime praticado com violência ou grave ameaça.

Desse modo, à míngua de elementos que comprovem o *periculum libertatis*, entendem ser de rigor a revogação da prisão preventiva.

Argumentam que a prisão cautelar deve ser a *ultima ratio* e que, no caso em tela, é suficiente e adequada aos pacientes a imposição de medidas cautelares distintas do cárcere, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Destarte, requerem o deferimento da medida liminar para que seja revogada a prisão preventiva decretada em desfavor dos pacientes, com a imediata expedição de alvará de soltura. No mérito, pleiteiam a concessão definitiva da ordem, confirmando-se a liminar deferida, ou subsidiariamente que seja concedida a liberdade provisória com imposição de medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, preferencialmente, aquela consistente no comparecimento periódico em Juízo.

É o relatório.

Decido.

Extrai-se dos autos que os pacientes EDIMILSON FAGUNDES DE SOUZA e FÁBIO SANTANA DE SOUZA, em conjunto com Luiz Ricardo Gatto Pereira, foram presos em flagrante no dia 15 de dezembro de 2020, pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Depreende-se dos autos que, na noite do dia 14 para o dia 15 de dezembro, a vigilância do Terminal BTP verificou, por meio de câmeras, conduta suspeita, tendo em vista que um caminhão teria adentrado o terminal e estaria agindo de forma não usual. Diante de tais circunstâncias, foram acionadas a Receita Federal e a Polícia Federal, os quais prontamente iniciaram operação conjunta a fim de verificar eventual ocorrência de crime. Após o deslocamento de saída do referido caminhão, foi realizada a abordagem, oportunidade em que o agente de polícia Fábio Marcopito Maia e o auditor fiscal Sandro Roberto Massarenti verificaram que havia dois indivíduos (posteriormente identificados como os ora pacientes) escondidos no interior do compartimento onde fica a cama do caninhoneiro, e em busca veicular foram encontrados 03 (três) lacres de contêiner, além de um fundo falso. Em diligência aos contêineres, onde deveriam estar os aludidos lacres, foi possível encontrar no contêiner TCNU 288764 45G1 grande quantidade de bolsas pretas, as quais continham substância ilícita similar a “cocaína”. Os policiais constataram que os pacientes tentaram, sem êxito, abrir o contêiner UACU 842277 42G1 e, quanto ao contêiner HLXU 651798 45G1, estava arrombado, com o intuito de ser feita a realocação das mercadorias existentes no primeiro contêiner, para assim conseguir mais espaço para a droga. Como não conseguiram alocar todas as mercadorias, algumas foram encontradas nos espaços entre as fileiras de contêineres, bem como dentro da boleia do caminhão. Conforme consta do termo de apreensão de Id 149781605 – pág. 04/05, nessa ocasião foram apreendidos 360 kg (trezentos e sessenta quilogramas) de substância entorpecente identificada preliminarmente como “cocaína”, compreendidos em 23 (vinte e três) sacos de rafia contendo os tabletes da referida droga.

Diante disso, procedeu-se à prisão em flagrante dos agentes delitivos, dentre os quais, os pacientes EDIMILSON e FÁBIO, que por sua vez foi homologada e convertida em prisão preventiva por decisão proferida pela apontada autoridade coatora em audiência de custódia, sob os seguintes fundamentos (Id 149781624):

“Edimilson Fagundes de Souza, Fabio Santana de Souza e Luiz Ricardo Gatto Pereira foram presos em flagrante delito pela prática, em tese, do crime previsto no art. 33, caput, c.c. art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Designada audiência de custódia para hoje, foi feita entrevista com os custodiados, nos termos da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.

Inicialmente, os investigados disseram que não sofreram tortura nem maus tratos. No entanto, todos relataram que o exame de corpo de delito foi feito dentro da viatura policial, o que deve ser esclarecido pela Polícia Federal e pelo próprio IML. Expeça-se ofício.

Todos disseram estar bem de saúde, apenas o investigado Edmilson disse estar com infecção intestinal, problema que já estava sendo tratado antes da prisão com remédio (informou que não se lembra do nome).

O Ministério Público Federal requereu a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Os defensores dos indicados requereram a concessão da liberdade provisória ou, subsidiariamente, a substituição da prisão medidas cautelares alternativas.

Decido.

Deve ser homologada a prisão em flagrante.

Os investigados foram presos no momento em que, em tese, tinham acabado de cometer a suposta infração penal. Assim, a prisão em flagrante está justificada pela ocorrência da hipótese prevista no art. 302, II, do Código de Processo Penal (flagrante próprio).

Além disso, foram obedecidas as determinações previstas na Constituição (art. 5.º, LXII, LXIII e LXIV) e cumpridas as formalidades do Código de Processo Penal (arts. 304 e 306).

Reconhecida a legalidade da prisão em flagrante, passo a analisar se deve ser feita a conversão em preventiva ou concedida a liberdade provisória.

No momento, com base naquilo apurado nos autos, é o caso de decretação da prisão preventiva, cujos requisitos são: a prova da existência de crime punido com pena máxima superior a quatro anos, indícios suficientes de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, com base em fatos concretos novos ou contemporâneos, bem como a necessidade de garantir a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal (arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal).

No caso dos autos, o crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 tem pena máxima de 15 anos de reclusão.

Por sua vez, a existência do crime e os indícios de autoria, neste momento, ressalvado o princípio da presunção de inocência, ficaram demonstrados pelo auto de prisão em flagrante nº 2020.0123446-DPP/STS/SP, termos de depoimento das testemunhas, termo de apreensão nº 1744722/2020 e laudo preliminar de constatação nº 0504/2020 – NUTEC/DPP/STS/SP.

Tais elementos informativos, em análise adequada a esta fase processual, permitem concluir pela existência de indícios suficientes de que os investigados, no dia 15/12/2020, sem autorização legal, transportaram cocaína e depois a guardaram em um contêiner, para posterior exportação.

O auto de apreensão nº 1744722/2020 descreveu os bens apreendidos na posse dos investigados, bem como os 360 Kg de substância branca encontrada dentro das bolsas pretas, os quais testaram POSITIVO para o alcalóide COCAÍNA, de acordo com o Laudo Preliminar de Constatação nº 0504/2020 – NUTEC/DPP/STS/SP.

A testemunha Fabio Marcopito Maia, agente de Polícia Federal, relatou: “Na noite do dia 14 de dezembro de 2020 para o dia 15 de dezembro de 2020 o Terminal BTP identificou através de sua vigilância de câmeras uma situação suspeita, na qual aparentemente um caminhoneiro, após adentrar o Terminal com seu caminhão, estaria agindo de forma não usual. Foram acionadas imediatamente a Receita Federal e a Polícia Federal, sendo que ambos os órgãos compareceram rapidamente e iniciaram uma operação conjunta dentro do Terminal, a fim de verificar a eventual ocorrência de ilícito, com a consequente prisão dos infratores se fosse confirmado algum ato criminoso. Aguardou-se o deslocamento de saída do caminhão, ocasião em que foi feita a abordagem. Neste momento verificou-se que havia dois indivíduos escondidos dentro do compartimento onde fica a cama do caminhoneiro, e numa busca veicular foram localizados 03 (três) lacres de contêiner, assim como um fundo falso. A equipe conjunta da Receita Federal e da Polícia Federal diligenciou nos contêineres onde deveriam estar os lacres em questão, e especificamente no contêiner TCNU 288764 45G1 foi possível encontrar grande quantidade de bolsas pretas, as quais continham substância aparentemente ilícita, similar à popularmente conhecida como “cocaína”. Os outros dois contêineres eram os seguintes: UACU 842277 42G1, o qual aparentemente os indivíduos investigados tentaram abrir mas não conseguiram e HLXU 651798 45G1, o qual foi arrombado pelos indivíduos, para que pudesse ser feita uma realocação das mercadorias presentes no primeiro contêiner (TCNU 288764 45G1), a fim de que sobrasse espaço para os entorpecentes. Ao final das manobras daqueles indivíduos, entretanto, eles começaram a jogar mercadorias nos “corredores” formados entre as fileiras de contêineres, ao invés de continuar tentando esconder as mercadorias de um dentro do outro. Foram encontradas, ainda, dentro da boléia do caminhão, diversas caixas de mercadorias que estavam originalmente dentro do contêiner TCNU 288764 45G1, aquele que foi o escolhido para inserção das bolsas com substância entorpecente”.

A testemunha Sandro Roberto Massarenti, por sua vez, informou: “Na noite do dia 14 de dezembro de 2020 para o dia 15 de dezembro de 2020 o Terminal BTP identificou através de sua vigilância de câmeras uma situação suspeita, na qual aparentemente um caminhoneiro, após adentrar o Terminal com seu caminhão, estaria agindo de forma não usual. Foram acionadas imediatamente a Receita Federal e a Polícia Federal, sendo que ambos os órgãos compareceram rapidamente e iniciaram uma operação conjunta dentro do Terminal, a fim de verificar a eventual ocorrência de ilícito, com a consequente prisão dos infratores se fosse confirmado algum ato criminoso. Aguardou-se o deslocamento de saída do caminhão, ocasião em que foi feita a abordagem. Neste momento verificou-se que havia dois indivíduos escondidos dentro do compartimento onde fica a cama do caminhoneiro, e numa busca veicular foram localizados 03 (três) lacres de contêiner, assim como um fundo falso. A equipe conjunta da Receita Federal e da Polícia Federal diligenciou nos contêineres onde deveriam estar os lacres em questão, e especificamente no contêiner TCNU 288764 45G1 foi possível encontrar grande quantidade de bolsas pretas, as quais continham substância aparentemente ilícita, similar à popularmente conhecida como “cocaína”. Os outros dois contêineres eram os seguintes: UACU 842277 42G1, o qual aparentemente os indivíduos investigados tentaram abrir mas não conseguiram e HLXU 651798 45G1, o qual foi arrombado pelos indivíduos, para que pudesse ser feita uma realocação das mercadorias presentes no primeiro contêiner (TCNU 288764 45G1), a fim de que sobrasse espaço para os entorpecentes. Ao final das manobras daqueles indivíduos, entretanto, eles começaram a jogar mercadorias nos “corredores” formados entre as fileiras de contêineres, ao invés de continuar tentando esconder as mercadorias de um dentro do outro. Foram encontradas, ainda, dentro da boléia do caminhão, diversas caixas de mercadorias que estavam originalmente dentro do contêiner TCNU 288764 45G1, aquele que foi o escolhido para inserção das bolsas com substância entorpecente.”

Há, portanto, elementos que indicam a prática, em tese, dos crimes previstos no art. 33, caput, c.c. art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Por outro lado, há indícios de habitualidade criminosa, em razão de possível associação a outras pessoas para a prática do delito, o que ficou indicado pelo meio utilizado para acondicionar a droga dentro da unidade de carga, a elevada quantidade de substância entorpecente movimentada, e a utilização de lacres duplê, características essas atreladas ao modus operandi de organizações criminosas especializadas na remessa de cocaína ao exterior.

Por conseguinte, há o risco de que, caso sem postos em liberdade, os acusados retornem à organização criminosa para praticar novos delitos.

Nesse sentido, compete registrar que o Egrégio Supremo Tribunal Federal tem entendido que “a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva” (HC n. 95024, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJE 20.02.2009).

Ademais, há que se considerar a existência de indícios de que o custodiado Luiz Ricardo Gatto Pereira (motorista) tenha se valido de sua atividade profissional para a prática de tráfico de drogas, o que também configura situação de risco à ordem pública, em razão da facilidade de praticar outros crimes da mesma espécie.

Logo, há elementos concretos que permitem concluir que, no momento, a liberdade dos investigados será prejudicial à ordem pública (probabilidade de reiteração dos delitos por conta de indícios de habitualidade na prática de crimes).

Esses fundamentos denotam, por sua vez, a impossibilidade da substituição da prisão por medidas cautelares (arts. 282, § 6.º, e 319 do Código de Processo Penal), que se demonstraram ineficazes para substituir a prisão e impedir a prática de outras infrações penais (conforme o apurado até o momento).

Está justificada, por conseguinte, a necessidade da prisão preventiva, com base nos fatos contemporâneos citados acima, que caracterizam o receio de perigo à ordem pública gerado pela liberdade dos investigados.

As alegações de primariedade, residência fixa, família constituída e ocupação lícita não são suficientes para impedir a decretação da prisão preventiva, uma vez demonstrada a sua necessidade nos termos do Código de Processo Penal.

Assim, por ora, conforme o exposto acima, não merecem acolhimento os argumentos da defesa para a concessão da liberdade provisória.

Por fim, deve ser complementado que o depoimento das testemunhas fornece indícios da prática de furto qualificado pelo rompimento de obstáculos e concurso de agentes (art. 155, § 4.º, I e IV, do Código Penal), visto que, em tese, os agentes teriam subtraído as caixas de mercadorias que estavam originalmente dentro do contêiner TCNU 288764 45G1 e foram encontradas dentro do caminhão.

Em face do exposto, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA de Edmilson Fagundes de Souza, Fabio Santana de Souza e Luiz Ricardo Gatto Pereira. Expeça-se mandado de prisão com os requisitos do art. 285 do Código de Processo Penal e com a observação de que se trata de conversão de flagrante em preventiva. O mandado de prisão terá validade até a data de expiração do prazo prescricional, calculado pela pena máxima (art. 109 do Código Penal) e com início na data do fato.

Solicitem-se as certidões de antecedentes criminais.

Expeça-se ofício à penitenciária para solicitar tratamento de infecção intestinal ao investigado Edmilson Fagundes de Souza.

Expeça-se ofício à Polícia Federal e ao IML para que esclareçam sobre a alegação dos investigados de que o exame de corpo de delito foi feito dentro da própria viatura.

Concedo prazo de cinco dias para a defesa dos indicados Edmilson e Fabio regularizar a representação processual nos autos. (...).”.

Pois bem

Em um juízo perfunctório, próprio desta fase procedimental, não vislumbro constrangimento ilegal a ensejar o deferimento da medida de urgência.

Inicialmente, registre-se que a prisão preventiva decorre de decisão judicial fundamentada, que demonstrou a existência de prova da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria, bem como a presença dos demais requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, em observância ao artigo 93, IX, da Constituição Federal e ao artigo 310 do Código de Processo Penal. A despeito do que sustentam os impetrantes, o Juízo impetrado apontou elementos concretos que evidenciam a indispensabilidade da prisão preventiva no caso em apreço.

Com efeito, verifica-se estar presente o denominado *fumus commissi delicti*, consistente na prova da materialidade delitiva e de lastro probatório suficiente relativo à autoria, tendo em vista os elementos constantes do auto de prisão em flagrante, no qual constam as declarações do agente de polícia Fábio Marcopito Maia e do auditor fiscal Sandro Roberto Massarenti, responsáveis pelas diligências, do termo de apreensão nº 1744722/2020 e do laudo preliminar de constatação nº 504/2020, o qual forneceu o resultado positivo para o alcaloide cocaína. Consoante se extrai das declarações extrajudiciais, os pacientes foram abordados no local do crime, escondidos no caminhão interior depois de cometida a ação delitiva consistente em alocar grande quantidade de cocaína (360kg) dentro de contêiner visando remessa ao exterior. Dessa forma, EDIMILSON FAGUNDES DE SOUZA e FÁBIO SANTANA DE SOUZA foram presos em flagrante, juntamente com o condutor do veículo, Luiz Ricardo Gatto Pereira.

Além disso, está presente o requisito previsto no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, tendo em vista que o crime do artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006, imputado aos pacientes é punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos.

No que concerne ao *periculum libertatis*, a prisão preventiva justifica-se para garantia da ordem pública, em face da gravidade concreta da conduta perpetrada pelos pacientes, evidenciada pela expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida – 360 kg (trezentos e sessenta quilogramas) de cocaína – além do *modus operandi* empregado pelos agentes criminosos, envolvendo terceira pessoa (o motorista Ricardo) que se valeu de sua atividade profissional para arquitetar a ação criminosa, viabilizando o transporte de vultosa quantidade de droga na região portuária.

Frise-se que o conjunto das circunstâncias em que praticado o crime, é dizer, a exacerbada quantidade de droga apreendida no evento criminoso, transportada em região que se destina a remessa a país estrangeiro, aponta o provável envolvimento dos pacientes em organização criminosa dedicada ao cometimento do delito de tráfico de drogas internacional.

Tal conjuntura revela a gravidade concreta da conduta delitiva praticada e demonstra ser imprescindível a manutenção da prisão preventiva dos pacientes como forma de resguardar a ordem pública.

Esclareça-se que as condições pessoais favoráveis apontadas pelos impetrantes *in writ*, tais como residência fixa, exercício de ocupação lícita e família constituída (comprovadas pelos documentos acostados ao presente feito de Ids 149781628, 149781631, 149781933, 149781937, 149781938, 149781943 e 149781946), não consistem em circunstâncias garantidoras da liberdade provisória quando demonstrada a presença de outros elementos que justifiquem a medida constritiva excepcional, como ocorre no caso em tela, diante da ameaça concreta à ordem pública, como já discorrido.

Nesse sentido:

“PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. PREMEDITAÇÃO. CONCURSO DE 4 AGENTES. MODUS OPERANDI. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA IN CASU. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos inseridos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis. 2. No caso, a prisão preventiva está justificada pela gravidade concreta evidenciada pelo modus operandi empregado na consecução do crime. O decreto prisional ressaltou que o recorrente, na qualidade de mandante, premeditou e começou a preparação do homicídio meses antes do delito, “invadido por sentimento de inveja e descontentamento em virtude do movimento capitaneado por [...] a fim de regularizar as atividades de todos os produtores de gesso da região”. Assim, o recorrente e o corréu contrataram outros 2 agentes para executar o homicídio, mediante paga ou promessa de recompensa, empregando meio que impossibilitou a defesa do ofendido e desferindo, ao menos, 3 disparos de arma de fogo. 3. A circunstância de o recorrente responder a processo penal por porte de arma de fogo na mesma Comarca de origem não pode ser considerada para efeitos de manutenção da custódia cautelar pelo Tribunal estadual, uma vez que não fez parte das razões da decretação da prisão preventiva, e tal omissão não é passível de complementação pelas instâncias superiores. 4. “A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o acréscimo de fundamentos, pelo Tribunal local, não se presta a suprir a ausente motivação do Juízo natural, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato constitutivo ao direito de locomoção do paciente” (HC n. 413.447/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/10/2017, DJe 9/10/2017). 5. Condições subjetivas favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a prisão cautelar, caso se verifiquem presentes os requisitos legais para a decretação da segregação provisória (precedentes). 6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade efetiva do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes. 7. Recurso desprovido.”. (RHC - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - 111568 2019.01.10283-9, ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:19/12/2019 ..DTPB:.- grifei.).

Desse modo, verificada justa motivação para a manutenção da cautela máxima, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas, como pretendem os impetrantes, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública na presente hipótese.

Saliente-se, outrossim, que não há no caso ofensa ao devido processo legal ou ao princípio da presunção de inocência, eis que a decretação de prisão preventiva se pauta em outros pressupostos que não aqueles exigidos para um decreto condenatório (momento em que é verificada a presença de prova robusta de materialidade e autoria delitiva) e, no caso em tela, a necessidade da segregação cautelar está fundamentadamente demonstrada.

Ante o exposto, indefiro a medida liminar requerida.

Requisitem-se informações à autoridade impetrada.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para apresentação de parecer.

P.I.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307)Nº 5033281-36.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: VAGNER REGIS

IMPETRANTE: SAMUEL SILVA

Advogado do(a) PACIENTE: SAMUEL SILVA - SC22211

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE DOURADOS/MS - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S ã O

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de VAGNER REGIS contra ato supostamente ilegal do MM. Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção de Dourados/MS.

Segundo consta, o PACIENTE foi preso em flagrante, em 07/08/2020, quando "policiais rodoviários federais abordaram o veículo Scania/T113 H 4X2 360, placa LYW-3A06-PR, atrelado ao semi-reboque placa BBB 5f83-PR, conduzido por VAGNER e no qual estavam também as custodiadas GLEICE e ELENISA; encontrando 1) na bolsa de GLEICE 06 tabletes de substância análoga a maconha (7,200 kg), 2) 2 tabletes de uma substância análoga a cocaína pertencente a ELENISA e 3) 209,3 kg de cocaína na parte frontal da carreta dirigida por VAGNER".

Aponta, em síntese, a existência de constrangimento ilegal por excesso de prazo, em especial, pelo indeferimento do magistrado *a quo* ao pleito da defesa de apresentação oral de alegações finais, neste aspecto, segundo o impetrante, em atenção ao pleito do representante do Ministério Público Federal que em audiência declarou não ser o "procurador natural do processo".

Requer, assim, liminarmente, o relaxamento da prisão preventiva e, no mérito, a concessão definitiva da ordem de habeas corpus.

A autoridade coatora prestou informações (ID 149676891)

É o relatório.

Em que pesem os argumentos do impetrante, não vislumbro flagrante ilegalidade por excesso de prazo.

Depreende-se das informações prestadas pela autoridade coatora que a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva em 08/08/2020 para garantia da ordem pública: que a denúncia foi oferecida em 19/08/2020; designada audiência de instrução para o dia 23/10/2010; redesignada a audiência para 05/11/2020, ante a constituição de novo patrono pela corré Gleice; designada nova audiência para continuidade da instrução processual, com interrogatório do paciente e da corré Gleice para o dia 04/12/2020; adiada a audiência para o dia 11/12/2020 em razão do impedimento de participação do procurador da ré Gleice.

A autoridade impetrada informa por fim que encerrada a instrução processual na audiência de 11/12/2020, restou prolatada a seguinte decisão:

"indefere-se a apresentação oral de alegações finais, pois a demanda é peculiar, complexa, com mais de trinta arquivos anteriores colhidos somente na audiência passada e instrução fracionada.

Mantém-se à prisão preventiva, conforme os próprios fundamentos da decisão que a decretou, id 36700901. Não há nenhum fato capaz de abalar as razões ali expostas.

Assim, o término da instrução processual, per se, não infirma os fundamentos das medidas extremas decretadas, que se lastreiam igualmente na proteção da paz e tranquilidade no meio social, especialmente visando a evitar reiterações delitivas. Afaste-se o argumento de primariedade porque o especial modo de agir revela a periculosidade concreta da conduta do acusado.

Os réus foram presos em flagrante delito em 07/08/2020, convertida em preventiva pelo ID. 36700901. Estão presos, portanto, 126 dias, mas ainda persistem os motivos que ensejaram a decretação da cautelar pessoal, garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Não há situação ensejadora de excesso de prazo, pois nos termos do manual de práticas Criminais do Conselho Nacional de Justiça (<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/manual-rotina-varas-criminais-cnj.pdf>, acesso em 15/10/2020), somente este haveria apenas com 125 dias, e, em situações excepcionais, 168 dias. Ainda, na forma da Lei 12.850/2013, de combate ao crime organizado, admite-se, em situações excepcionais, a duração da prisão para até 240 dias, em face da complexidade da causa, como o presente. Ratifica-se a prisão.

Quanto à questão médica, este juízo adotou as providências necessárias no id 43127859.

Junte-se a mídia produzida neste ato.

Encerrada a instrução processual, apresentem, sucessivamente, as partes alegações finais, por memoriais, em 5 dias, para acusação e defesa. Após, conclusos. Os participantes estão dispensados da assinatura, bastando a deste Juiz para certificar a veracidade de todo o ocorrido. Saem os presentes intimados."

Pois bem. Pela cronologia dos atos processuais depreende-se que não houve desídia do Juízo na condução do processo, tampouco demora decorrente de providência solicitada exclusivamente pela acusação.

Importante ressaltar que os prazos procedimentais previstos na lei não são preempatórios e sua dilação, dentro dos limites razoáveis, é justificada diante das circunstâncias do caso concreto. Como efeito, tais prazos servem apenas como parâmetro geral, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado. Confira-se:

PROCESSUAL PENAL E PENAL: HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULA 52 DO STJ. PRECATORIEDADE DA INSTRUÇÃO DO WRIT. I - Como é cediço, eventual ilegalidade da prisão cautelar por excesso de prazo deve ser analisada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, não resultando da simples soma aritmética de prazos abstratamente previstos na lei processual penal, porquanto tais prazos não são absolutos, mas parâmetros para efetivação do direito à razoável duração do processo (Constituição da República, art. 5º, LXXVIII) e do princípio da presunção de inocência (Constituição da República, art. 5º, LVII), ao evitar a antecipação executória da sanção penal. II - No caso concreto, em razão das peculiaridades (necessidade de expedição de carta precatória, pedido de redesignação de audiência e pedido de substituição de testemunhas feitos pela defesa e pedido de quebra de sigilo telefônico feito pelo parquet por ocasião da audiência, em razão de sua imprescindibilidade) não vejo como ser aferido eventual excesso de prazo para a formação da culpa do paciente. III - Ademais, em consulta ao sistema informatizado da primeira instância haure-se que a instrução está encerrada, tendo a defesa sido intimada, em 14/02/2017, para apresentar alegações finais, não havendo constrangimento ilegal por excesso de prazo (Súmula 52 do STJ). [...] V - Ordem denegada. - grifei

(TRF3. HC 00003186520174030000. Relatora Cecília Mello. Décima Primeira Turma. e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/03/2017).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA. PECULIARIDADES DA CAUSA. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. INCOMPATIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - [...] III - O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improporabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais. (Precedentes). IV - In casu, depreende-se dos autos que o paciente foi preso em 31/3/2014, sendo que o andamento da instrução prolongou-se em virtude da complexidade do caso concreto, tendo em vista a necessidade de expedição de cartas precatórias, razão pela qual não vislumbro, na hipótese e por ora, o alegado constrangimento ilegal. V - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, in casu, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal. VI - As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, entre outras, não têm o condão de, por si sós, garantir o recurso a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, como é o caso da hipótese dos autos. Habeas corpus não conhecido. (grifei)

(STJ. HC 201403422230. Relator Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. DJe 15/05/2015).

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. [...] 2. A questão do excesso de prazo na formação da culpa não se esgota na simples verificação aritmética dos prazos previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto. 3. As fases não exorbitaram prazo razoável, sendo que o intervalo entre a pronúncia e as diligências do art. 422 do CPP deu-se em razão do próprio e legítimo exercício do direito de defesa. 4. Encerrada a instrução, resta superada a alegação de excesso de prazo. Súmula 52/STJ. 5. Habeas corpus não conhecido. - grifei

(STJ. HC 201304026895. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe 29/08/2014).

Desse modo, a verificação do excesso de prazo deve ser analisada com base no princípio da razoabilidade, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto.

Na espécie, não há falar em ilegalidade na decisão do magistrado *a quo* que determina a substituição dos debates orais pela apresentação de memoriais escritos, ademais considerando que a decisão se lastreia na faculdade a ele conferida pelo artigo 403, §3º do CPP, segundo o qual o juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 05 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais.

Assim, sopesadas as peculiaridades do caso, não vislumbro o aventado excesso de prazo atribuível ao Poder Judiciário.

Saliente-se, por fim, que as alegadas condições favoráveis não constituem circunstâncias garantidoras da liberdade provisória, quando demonstrada a presença de outros elementos que justificam a medida construtiva excepcional (RHC 9.888, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 23.10.00; HC 40.561/MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20.06.05, pág. 314).

Ante o exposto, indefiro a liminar.

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

I. P.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

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

PACIENTE: JULIO CESAR DURAN PARRA
IMPETRANTE: FLAVIANO ADOLFO DE OLIVEIRA SANTOS, VICTORIA ANDRADE PECORARI

Advogados do(a) PACIENTE: VICTORIA ANDRADE PECORARI - SP426468, FLAVIANO ADOLFO DE OLIVEIRA SANTOS - SP267147-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 1ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judiciário.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Flaviano Adolfo de Oliveira Santos e Victória Andrade Pecorari, em favor de **JULIO CESAR DURAN PARRA**, contra decisão da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente, decretada nos autos da ação penal de origem, relacionada à denominada **Operação São Francisco**, na qual ele fora denunciado pela suposta prática do crime capitulado no art. 35, c.c. o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Os impetrantes alegam, em síntese, que há excesso de prazo na prisão, vez que a denúncia foi oferecida em 17 de outubro de 2007, o paciente foi preso em 18 de agosto de 2007, no Uruguai, lá permanecendo custodiado até junho de 2014, sendo que desde 24 de dezembro de 2018 encontra-se em detenção administrativa, aguardando extradição para o Brasil, tudo em razão da citada Operação.

Sustentam ser "impossível aceitar que qualquer indivíduo passe por quase 10 anos (somando as duas prisões) em prisão preventiva, demonstrando a incapacidade do Ministério Público em comprovar a culpabilidade do paciente". E, ainda, que "[o] paciente foi solto da prisão no Uruguai em junho de 2014, voltando a residir na Colômbia, visto que, é seu país de origem, bem como, voltou a trabalhar como arquiteto, sua profissão", de modo que "nunca ficou em local incerto e não sabido", não estando presentes, assim, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, tampouco a contemporaneidade dos fatos que exige para a manutenção da prisão preventiva.

Por isso, pleiteiam concessão liminar da ordem para que seja revogada a prisão preventiva do paciente, sempre juízo de de fixação de medidas cautelares alternativas.

É o breve relatório. Decido.

A prisão preventiva é espécie de prisão cautelar que pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (CPP, artigos 311 e 312, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019), somente sendo determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (CPP, artigos 282, § 6º, e 319).

A prisão preventiva é, portanto, a *ultima ratio* do sistema de medidas cautelares previsto no Código de Processo Penal, especialmente depois da Lei nº 13.964, de 24.12.2019.

No caso, em 2007, o paciente foi denunciado juntamente com corréus pela prática, em tese, do crime de associação criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas (ID 149768494), a partir de fatos apurados no bojo da Operação São Francisco, onde se contactou "a existência de uma complexa e bem montada organização criminosa formada, em sua maioria, por estrangeiros, que utilizava o território nacional como base para a coordenação do tráfico internacional de entorpecentes" (ID 149768496).

A prisão preventiva do paciente, por sua vez, foi decretada pela autoridade impetrada em outubro de 2007 (ID 149768500) para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, considerando a condição de estrangeiro da maioria dos réus e o poderio econômico da organização. No entanto, a prisão só foi efetivada, em dezembro de 2018, na Colômbia, após a Interpol noticiar, em 2017 (ID 149768502), que o paciente havia sido posto em liberdade pelas autoridades uruguaias, onde cumprira pena após ter sido preso em flagrante, em 2007, pelo depósito e transporte de 495 kg de cocaína.

Desde então, segundo o juízo impetrado (ID 149768484), tramita na Corte Suprema de Justiça da Colômbia o pedido de extradição do paciente. Sempre juízo, a higidez de sua prisão preventiva foi sendo reapreciada, desde então, conforme decisões juntadas pela autoridade impetrada (IDs 149768514, 149768515 e 149768516).

Nesse Tribunal, este é terceiro habeas corpus impetrado contra a prisão preventiva do paciente.

No HC nº 5008988-70.2018.403.0000, foi denegada a ordem, em sessão realizada em setembro de 2018. O feito subiu ao Superior Tribunal de Justiça por força de recurso interposto pelo paciente, ao qual foi negado provimento em decisão monocrática. Julgado o agravo regimental interposto contra essa decisão, o feito transitou em julgado em maio de 2020.

O HC nº 5019863-65.2019.403.0000 foi indeferido liminarmente, em agosto de 2019, tendo sido negado provimento ao agravo interposto contra essa decisão, em sessão realizada em janeiro de 2020. Houve recurso para o Superior Tribunal de Justiça, o qual foi indeferido liminarmente. Essa decisão transitou em julgado em maio de 2020.

Portanto, a prisão preventiva do paciente não só foi decretada com base na lei, mas vem sendo mantida no curso da persecução penal como meio de se preservar a ordem pública, assegurar a instrução processual e a própria aplicação da lei penal.

O *modus operandi* utilizado pela organização (aquisição da droga na Colômbia, transporte e depósito em países intermediários, como Paraguai e Bolívia, internação no Brasil, Argentina ou Uruguai, com sua dissimulação em caixas de frutas com destino à Holanda, ID 149768494) indica que se trata de tráfico envolvendo organização criminosa, o que por si só caracteriza a gravidade concreta exigida pela lei.

É grande a probabilidade de uso da estrutura dessa organização para a fuga de seus membros e colaboradores. Em razão disso, existe risco à instrução criminal e à aplicação da lei penal a justificar a prisão preventiva, tanto que até o momento não se logrou êxito no interrogatório do paciente, a despeito das medidas adotadas pelo juízo. O paciente é colombiano e, portanto, o risco de se furtar à jurisdição brasileira é grande, haja vista que só foi preso após a inclusão do mandado na Difusão Vermelha da Interpol e o processo de sua extradição para o Brasil não é simples.

Dito isso, há prova da materialidade, indícios suficientes de autoria e demonstração clara do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (CPP, art. 312) daí a necessidade e a adequação da medida extrema, que não comporta substituição por outras medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

PRISÃO PREVENTIVA – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. Decorrendo a custódia da prática do crime de integração a organização criminosa, relacionada ao tráfico de entorpecentes, e da apreensão de substancial quantidade de droga, tem-se dados a sinalizarem a periculosidade do envolvido, sendo viável a prisão preventiva. (HC 169.087/SP, Primeira Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 04.05.2020, DJe-121 DIVULG 14.05.2020 PUBLIC 15.05.2020)

Além disso, há contemporaneidade a justificar a prisão (CPP, art. 315, § 1º) porque, embora a denúncia traga fatos ocorridos entre 2003 e 2007, trata-se de um recorte dos acontecimentos, na medida em que o crime de associação criminosa é permanente e a atuação da Polícia Federal não indica a interrupção das atividades da organização investigada.

Ademais, em recente decisão monocrática, ao negar seguimento a recurso habeas corpus, a Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, enfatizou que:

[...]

A contemporaneidade, como se sabe, diz respeito aos fatos motivadores da prisão preventiva e não ao momento da prática do fato criminoso, desse modo, "Ante a permanência de risco à ordem pública, tem-se sinalizada a contemporaneidade da custódia" (HC 183.167/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe 22.6.2020).

[...]

(HC 185.893/SP, d. 10.12.2020, DJe 15.12.2020)

Posto isso, **INDEFIRO** o pedido de liminar, determinando ao juízo impetrado, todavia, que observe estritamente os termos do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal (incluído pela Lei nº 13.964/2019).

Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal para manifestação, vindo, em seguida, conclusos.

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

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307) Nº 5033122-93.2020.4.03.0000

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

IMPETRANTE: CARLOS ROGERIO DA SILVA
PACIENTE: VALDEIR TEIXEIRA DE SOUZA

Advogado do(a) PACIENTE: CARLOS ROGERIO DA SILVA - MS8888-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE NAVIRAÍ/MS - 1ª VARA FEDERAL, OPERAÇÃO TEÇÁ

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judiciário.

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Carlos Rogério da Silva, em favor de VALDEIR TEIXEIRA DE SOUZA, contra ato da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS que indeferiu o pedido revogação da prisão preventiva do paciente, decretada no bojo da **Operação Teçá**, pelo suposto envolvimento numa organização criminosa voltada ao contrabando de cigarros na região sul do Mato Grosso do Sul.

O impetrante alega que o paciente teve sua prisão preventiva decretada em meados de junho de 2019 e, embora o mandado só tenha sido cumprido em 7 de outubro de 2020, o paciente é primário, de bons antecedentes, exerce atividade lícita e tem residência fixa, o que é suficiente para afastar qualquer tipo de presunção prejudicial a ele.

Sustenta "que carece de fundamentação idônea o decreto de prisão preventiva", não havendo contemporaneidade na medida, já que os fatos imputados ao paciente teriam ocorrido em 2018, e que "[o] período em que o mandado de prisão não foi cumprido não trouxe prejuízo aos autos ou a qualquer outro processo que o paciente responde, pois constituiu advogado e os autos vinham sendo encaminhados com sua marcha processual normal".

Aduz que o paciente "não estava foragido, mas sim trabalhando e cuidando da manutenção de sua família, pernoitando todas as noites em sua residência sendo que nunca foi diligenciado novamente em sua casa o cumprimento do mandado". E, ainda, "que no período em que não foi capturado não ameaçou a ordem pública, tampouco atrapalhou a aplicação da lei penal, já que nega autoria dos delitos que lhe são imputados, além de não haver qualquer prova de que em liberdade o paciente teria continuado as supostas atividades criminosas".

Argui que "os delitos, em tese praticados, não foram cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o paciente um delincente que cause perigo social", não sendo "imprescindível que fique detido num estabelecimento carcerário, especialmente diante da natureza dos crimes, e diante de suas condições pessoais", sem prejuízo do cabimento de medidas alternativas "para que então a ordem pública e a garantia da lei penal sejam preservadas, já que a prisão não é o único meio para preservação desses institutos".

Argumenta também que, como Terifran Ferreira de Oliveira, suposto chefe da organização criminosa, obteve a revogação da sua prisão preventiva, o paciente faz jus à extensão dessa medida, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, seja pelas condições pessoais favoráveis que ostenta, seja pela função que lhe é imputada na organização, de "coordenador de logística", ou seja, menos gravosa.

Por fim, alega que "há grandes chances de o paciente ser contaminado caso continue encarcerado, o que acarretará risco a sua saúde, diante de suas condições físicas de obesidade, bem como pelo fato de possuir pressão alta, o que enquadrá-o no grupo de risco" para a COVID-19.

Por isso, pleiteia a concessão liminar da ordem para que seja revogada a prisão preventiva do paciente, sem prejuízo da fixação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, estendendo-lhe os efeitos da decisão da autoridade impetrada que revogou a prisão de Terifran Ferreira de Oliveira.

Instada (ID 149186946), a autoridade impetrada prestou informações (ID 149893575), mas antes o paciente juntou aos autos cópia das decisões faltantes, a saber, que decretou e manteve a sua prisão preventiva (ID 149763438 e ss).

É o breve relatório. **Decido.**

A prisão preventiva é espécie de prisão cautelar que pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (CPP, artigos 311 e 312, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019), somente sendo determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (CPP, artigos 282, § 6º, e 319).

A prisão preventiva é, portanto, a *ultima ratio* do sistema de medidas cautelares previsto no Código de Processo Penal, especialmente depois da Lei nº 13.964, de 24.12.2019.

No caso, a prisão preventiva do paciente foi decretada em 14 de junho de 2019, quando foi deflagrada a Operação Teçá, porque, segundo o juízo, após interceptações telefônicas autorizadas pela Justiça foram identificados diversos grupos criminosos que vinham atuando no contrabando de cigarros na região sul do Mato Grosso do Sul, dentre eles, o "Grupo de Terifran", no qual o paciente, vulgo "Betoven", "Botina" ou "Camisa 10", teria papel de destaque, como "principal articulador do grupo criminoso ligado a pessoa de Terifran Ferreira de Oliveira", sendo supostamente responsável pela efetiva coordenação da empreitada criminosa, do trajeto da mercadoria ilícita, até sua internacionalização no País (IDs 149763442 e 149763448).

A prisão, no entanto, só foi efetivada em 7 de outubro de 2020 porque, conforme esclareceu a autoridade impetrada, o paciente estava foragido, um dos motivos que o levou a indeferir o pedido de revogação da prisão do paciente (ID 149893575).

Pois bem. Em juízo de cognição sumária, **não vejo ilegalidade nessa decisão**, que não está baseada apenas na gravidade em abstrato do delito.

Como venho decidindo nos diversos habeas corpus impetrados por outros investigados e réus na mesma Operação, há não só prova de materialidade delitiva, dadas as apreensões reiteradas e significativas de cigarro na região, como também risco de fuga do supostos envolvidos, tanto que o próprio paciente permaneceu foragido por tempo considerável, risco à ordem pública e à instrução processual. Há uma capilaridade característica em tais organizações, que vêm se reerguendo há anos na região, a despeito das investidas da Polícia Federal, tudo a corroborar a necessidade da prisão cautelar, tal qual decretada.

O paciente, repito, esteve foragido desde a decretação de sua prisão, em 14 de junho de 2019 e só foi preso em 7 de outubro de 2020. Assim, há inegável perigo de que, em liberdade, volte a fugir e que venha a se reintegrar a uma nova organização criminosa, dada a capacidade de reestruturação e a capilaridade de tais grupos, como se tem observado há bastante tempo naquela região. Como o crime de organização criminosa é de natureza permanente, a contemporaneidade exigida pela lei (CPP, art. 315, § 1º) está satisfeita.

Ademais, em recente decisão monocrática, ao negar seguimento a recurso habeas corpus, a Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, enfatizou que:

[...]

A contemporaneidade, como se sabe, diz respeito aos fatos motivadores da prisão preventiva e não ao momento da prática do fato criminoso, desse modo, "Ante a permanência de risco à ordem pública, tem-se sinalizada a contemporaneidade da custódia" (HC 183.167/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe 22.6.2020).

[...]

(HC 185.893/SP, d. 10.12.2020, DJe 15.12.2020)

Há elementos suficientes para demonstrar a gravidade concreta da situação fática em que está envolvido o paciente, prova da materialidade, indícios suficientes de autoria e demonstração clara do perigo gerado pelo seu estado de liberdade (CPP, art. 312) daí a necessidade e a adequação da medida extrema, que não pode, ao menos neste momento, ser substituída por outras medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

PRISÃO PREVENTIVA – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. Decorrendo a custódia da prática do crime de integração a organização criminosa, relacionada ao tráfico de entorpecentes, e da apreensão de substancial quantidade de droga, tem-se dados a sinalizarem a periculosidade do envolvido, sendo viável a prisão preventiva. (HC 169.087/SP, Primeira Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 04.05.2020, DJe-121 DIVULG 14.05.2020 PUBLIC 15.05.2020)

Além disso, embora não haja nos autos informações sobre a vida pregressa do paciente, o fato é que eventuais condições pessoais favoráveis, por si só, não impedem a decretação e/ou a manutenção da prisão preventiva, desde que existam - como no caso em exame - motivos que a justifiquem. A propósito:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PRONÚNCIA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 4 HOMICÍDIOS. VIA PÚBLICA. DISPUTA TERRITORIAL DE TRÁFICO DE DROGAS.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis.

[...]

4. Conforme magistério jurisprudencial do Pretório Excelso, "a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (STF, Primeira Turma, HC n. 95.024/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 20/2/2009).

5. Condições subjetivas favoráveis do paciente, por si só, não impedem a prisão cautelar, caso se verifiquem presentes os requisitos legais para a decretação da segregação provisória (Precedentes).

6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade efetiva do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes.

7. Ordem denegada.

(STJ, HC 485.432/BA, Sexta Turma, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, j. 27.08.2019, DJe 06.09.2019; destaqueei).

Ressalto, ainda, que a necessidade da prisão do paciente foi reafirmada pela autoridade impetrada (ID 149763451), em estrita observância ao disposto no art. 316, parágrafo único, do CPP, de modo que, dadas as circunstâncias específicas do caso concreto, a prisão preventiva decretada e mantida no curso do processo se justifica e está devidamente motivada nos fundamentos da sua decisão.

Nesse juízo de cognição sumária, não há como estender ao paciente os efeitos de uma decisão que teria beneficiado um dos envolvidos na Operação Teçá. O art. 580 do CPP fala "em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal" e a decisão juntada pelo impetrante (ID 149185309), que teria revogado a prisão de Terifran Ferreira de Oliveira, refere-se à cessação das circunstâncias que deram causa à decretação de sua prisão preventiva, "momento considerando que o acusado tem mostrado interesse em colaborar com a justiça, inclusive tendo constituído residência fixa na cidade de Mundo Novo/MS.

Por fim, no que toca ao risco gerado pela pandemia de Covid-19, com base no disposto no art. 4º da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), melhor sorte não assiste ao impetrante. Esse ato do CNJ exorta os magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criação de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias".

Não há nos autos nenhum indicativo de que o paciente esteja no grupo de risco mencionado.

Posto isso, **INDEFIRO** o pedido de liminar, determinando ao juízo impetrado, todavia, que continue a observar estritamente os termos do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal (incluído pela Lei nº 13.964/2019), como vem fazendo de modo adequado.

Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal para manifestação, vindo, em seguida, conclusos.

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

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.